This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Google

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

ПРЕЕМСТВО

ВЪ ПРАВѢ НАСЛѢДОВАНІЯ

ПО

РИМСКОМУ И СОВРЕМЕННОМУ ПРАВУ.

Изслѣдованіе М. КАТКОВА.

Герман Фадеевич
Блюменфельд

Товарищество типо-литографіи Владиміръ Чичеринъ въ Москвѣ. Марьина роща, соб. домъ.

1904.

Printed in Soviet Union

Дозволено цензурою. Москва, 24 ноября 1904 года.

MAY 6 1935

Памяти

профессоровъ Берлинскаго университета

Dr. E. Eck

и

Dr. C. Bernstein

посвящаетъ

благодарный авторъ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

ГЛАВА ПЕРВАЯ. Понятіе трансмиссіи 1

Опредѣленіе трансмиссіи у пандектистовъ. — Идея, лежащая въ основаніи понятія трансмиссіи.—Предметъ трансмиссіи. – Отличіе трансмиссіи отъ права представленія и субституціи.

ГЛАВА ВТОРАЯ. Преемство въ призваніи по римскому праву 25

Случайный характеръ ненаслѣдственности jus adeundi. — Положеніе Юстиніана.– Уступка права принятія наслѣдства путемъ in jure cessio.

I. Трансмиссія въ случаяхъ юридическаго препятствія къ пріобрѣтенію наслѣдства.—Случаи альтернативнаго примѣненія bonorum possessio decretalis и трансмиссіи: ожиданіе postumus, неизвѣстность о семейномъ состояніи наслѣдодателя, появленіе мнимаго сына. — Непринятіе наслѣдства вслѣдствіе заявленія о подложности завѣщанія. — Transmissio Silaniana. — Transmissio Theodosiana. Смерть до вскрытія завѣщанія, какъ условіе этой трансмиссіи.— Историческая связь lex Theodosiana съ lex Julia et Papia Poppaea.—Значеніе выраженія licet non sint invicem substituti.—Непримѣнимость идеи законной субституціи.—Теорія фикціи пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure. Кругъ лицъ, на которыхъ распространяется lex Theodosiana.– Форма осуществленія трансмиссіи въ случаяхъ юридическаго препятствія къ пріобрѣтенію наслѣдства . . . 31

II. Трансмиссія въ случаяхъ фактическаго препятствія къ пріобрѣтенію наслѣдства.—Условія трансмиссіи, осуществляемой путемъ реституціи.—L. 1 C. de rest. mil. 2. 52. — Представляетъ ли это мѣсто случай трансмиссіи?— Значеніе реституціи для трансмиссіи.—Случай, когда фактическое препятствіе къ пріобрѣтенію наслѣдства не лишило призваннаго до самой его смерти права принять наслѣдство. — L. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2. — Выводъ изъ сравненія этого мѣста съ l. 1 C. de rest. mil. — Вопросъ о допущеніи трансмиссіи на основаніи l. 86 pr. у пандектистовъ 99

III. Transmissio Justinianea.—Постановленія l. 19 C. de jure delib. и Nov. 158.—Является ли знаніе о призваніи условіемъ transmissio Justinianea?— Вопросъ о срокѣ.—Заключеніе 137

Стр.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ. Преемство въ правѣ отреченія по римскому праву 156

Условія трансмиссіи ex jure suitatis. — L. 7 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2.— Теорія Marezoll.—Теорія Wieding.—Особенность положенія наслѣдника, имѣющаго jus abstinendi.—Отношеніе субституціи къ transmissio ex jure suitatis.— Послѣдствія волеизъявленія трансмиссаровъ.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. Римское ученіе въ современномъ правѣ 181

I. Австрійское право. — Вопросъ объ отчуждаемости права наслѣдованія. — Продажа наслѣдства.—Отличіе австрійской трансмиссіи отъ римской. Delatio- и Erbanfall.—§ 22 b. G. B. въ сравненіи съ l. 129 D. de V. S. 50. 16.—Субституція и трансмиссія.—Теорія Strohal.—II. Право нашихъ Прибалтійскихъ губерній.—Открытіе наслѣдства и призваніе къ наслѣдованію. — Право призваннаго.—Трансмиссія и субституція.

ГЛАВА ПЯТАЯ. Принципъ „Der Todte erbt den Lebendigen“ въ современномъ правѣ 210

I. Sui heredes и наслѣдники въ древнегерманскомъ правѣ.—Германскіе принципы наслѣдованія въ прусскомъ правѣ. — II. Code civil. Германскіе принципы во французскомъ правѣ.—Прекращеніе права выбора между принятіемъ наслѣдства и отреченіемъ отъ него.—Art. 789 C. c.—Послѣдствія осуществленія трансмиссарами своего права.—Оцѣнка art. 782 C. c.— Субституція и трансмиссія. — III. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Условія осуществленія права отреченія.—Послѣдствія отреченія.—Что разумѣется подъ принятіемъ наслѣдства. — Срокъ для права отреченія. Послѣдствія осуществленія трансмиссарами своего права.—Дѣйствительный смыслъ § 1952, 2-й абзацъ B. G. B.

ГЛАВА ШЕСТАЯ. Преемство въ правѣ наслѣдованія по русскому праву. 241

Основанія допущенія трансмиссіи въ нашемъ правѣ. — Преемство въ правѣ отреченія или преемство въ призваніи? Глава „Объ открытіи и принятіи наслѣдства и отреченіи отъ онаго“ въ X томѣ. Ст. 1254 т. X, ч. I. Ст. 215 У. Гр. Судопр. Послѣдствія неосуществленія права отреченія.—Ограниченіе трансмиссіи.

Сокращенія, употребленныя въ ссылкахъ.

Accarias, Précis de dr. rom.	C. Accarias, Précis de droit romain. Изд. 4-е т. I Paris. 1886.
A. L. R.	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten.
Anders.	Josef von Anders, Grundriss des Erbrechts. Leipzig. 1899.
Анненковъ, система р. гр. пр.	К. Анненковъ, система руссскаго гражданскаго права. т. VI. Право наслѣдованія СПБ. 1902.
Arndts, Gesamm. Civ. Schr.	Ludwig Arndts v. Arnesberg, Gesammelte Civilistisch Schriften. T. II. Stuttgart. 1873.
Arndts, P. III,	L. Arndts R. v. Arnesberg. Lehrbuch der Pandekten. Изд. 12-ое, Stuttgart. 1883.
Baron, P.	J. Baron. Pandekten. Изд. 7-ое Leipzig. 1890.
Baudry-Lacantinerie.	G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil. Paris 1882.
B G. B.	Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze für das Deutsche Reich.
b. G. B.	Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich.
Brinz, P. III.	Alois Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Изд. 2-ое, т. III. Erlangen. $18^{88}/_{89}$.
Buchholtz.	Al. August v. Buchholtz. Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen Römischen Rechtes. Königsberg 1833.
Büchel.	K. Büchel, Streitfragen aus Novell 118. Marburg und Leipzig. 1839.
C. c.	Code civil.
Cuq, Les inst. jur.	Edouard Cuq, Les institutions juridiques des Romains. T. II. Paris· 1902.
Dernburg, P. III.	Dernburg, Pandekten. T. III, 5 изд Berlin. 1897.
Dernburg, Pr. Privatr. III.	Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. und der Privatrechtsnormen des Reichs. T. III. Halle a. S. 1896.

G. — Gai institutiones. Collectio librorum juris antejustiniani, ediderunt Krueger, Mommsen, Studemund, tomus I. Berolini. 1884.

Göring. — Bernhard Göring, Die sog. Transmissionsfälle im römischen Erbrechte und ihre Bedeutung für die Lehre vom Erbschaftserwerbe. Jhering's Jahrbücher. T. XV. стр. 138—205.

Heimbach. — Heimbach sen. Transmission. Rechtslexikon redigirt von Julius Weiske т. XI, 1857, стр. 511—535.

Holzschuher, Civilr. II. — Rudolph von Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 9-е изд. Leipzig. 1881.

Koeppen, Lehrb. — Albert Koeppen, Lehrbuch des heutigen römichen Erbrechts. Würzburg. 1895.

Koeppen, System. — Koeppen System des heutigen römischen Erbrechts Jena. 1862.

Krainz-Pfaff. — Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Herausgegeben von Dr. Pfaff. T. II, ч. I: Grundriss: ч. II: Ausführungen. Wien. 1889.

Krause. — Albert Krause, ueber die „Transmission ex capite in integrum restitutionis". Berlin. 1880.

Leist. — Wilhelm Leist, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar begründet von Christian von Glück. Serie der Bücher 37 und 38. Th. II. Erlangen. 1873.

Löbenstern. — J. Löbenstern, Erörterung einiger Rechtsfragen aus dem Gebiete des Erbrechts. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. T. IX (1836) стр. 196—218.

V. Löhr. — V. Löhr, Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts. Archiv für die Civilistische Praxis. T. II (1821) стр. 192—196.

Marezoll. — Marezoll, Zu der Lehre von den so genannten Transmissionsfällen. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. T. II. (1829) стр. 54—96.

Mayer. — M. S. Mayer, Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römischen Rechte, Berlin. 1840.

Maynz. — Charles Maynz, Cours de droit romain, Изд. 4-ое т. III. Bruxelles 1877.

Mispoulet — J.-B. Mispoulet, Les institutions politiques des Romains. T. II. Paris 1883.

Mühlenbruch. — Chr. Friedr. Mühlenbruch, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. von Chr. Friedr vm. Glück. Th. 43. Erlangen 1843.

Mühlenbruch т. 40.	Chr. Friedr. Mühlenbruch, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. von Chr. Friedr. von Glück. Th. 40. Erlangen.
Mühlenbruch, т. 42.	Chr. Friedr. Mühlenbruch, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar von Chr. Friedr. von Glück. Th. 42. Erlangen. 1841.
Mühlenbruch, P. III.	C. F. Mühlenbruch's Lehrbuch. des Pandecten-Rechts, nach der Doctrina Pandectorum deutsch bearbeitet. 4-ое из. (O. C. v. Madai) т. III. Halle 1844.
Niemeyer	Fr. An Niemeyer. De transmissione Theodosiana. Halle 1816.
Pauli sent.	Julii Pauli libri qninque sententiarum ad filium. Collectio librorum juris antejustiniani ediderunt Krueger Mommsen, Studemund. Tomus alter, Berolini. 1878.
Planck.	G. Planck, Bürgeliches Gesetbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von—. т. V. 1 и 2 изд. Berlin. 1902.
Planiol.	Marcel Planiol, Tpaité élémentaire de droit civil. т. III. Paris. 1901.
Побѣдоносцевъ.	К. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, ч. II. 3-ье изд. СПБ. 1889.
Puchta, Cursus d. Inst.	G. F. Puchta, System und Geschichte des römischen Privatrechts. Изд. 9-ое, (Paul Krüger) т. II. Leipzig. 1881.
Puchta, P.	G. F. Puchta, Pandekten, 12-ое изд. (Schirmer) Leipzig. 1877.
Rein.	Wilhelm Rein, Das Criminalrect der Römer, Leipzig. 1844.
Св. Г. У. Г. П.	Сводъ Гражданскихъ Узаконеній Губерній Прибалтійскихъ
Schröder	Franz Schröder, Ueber die s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis. Jhering's Jahrbücher т. XV, стр. 409—459.
Sintenis, P. III.	Carl Sintenis. Das practische gemeine Civilrecht. Изд. 3-ье. Leipzig. 1868.
Steppes.	Friedrich Steppes, Die Transmission der Erbschaft nach römischem Rechte München. 1831.
Strohal.	Emil Strohal, Transmission pendente condicione. Graz. 1879.
Strohal, Erbr.	Emil Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2-ое изд. Berlin. 1901.
Tewes, Erbrecht.	August Tewes, System des Erbrechts nach heutigem Römischen Recht. Leipzig. 2 т. 18$^{63}/_{64}$.
Ulp.	Ulpiani liber singularis regularum. Collectio librorum

juris antejustiniani ediderunt Krueger, Mommsen, Studemund. Tomus alter, Berolini. 1878.

Unger, System. Joseph Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig. т. I и II. изд. 5-ое. 1892, т. VI. изд. 4-ое. 1894.

Шершеневичъ. Г. Ф. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права. Казань. 1894.

Vangerow, XXIV или XXV v. Vangerow. Zur Lehre von den sogenannten Transmissionsfällen. Archiv für die Civilistische Praxis. т. XXIV (1841) стр. 153—195; или т. XXV. (1842) стр. 439—492

Walter, Gesch. d. röm. R. Ferdinand Walter, Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. Изд. 3-ье. Bonn. 2 тома. 18$^{60}/_{61}$.

Webler. I. Webler, Znr Lehre von der sogenannten transmissio Theodosiana, München. 1891.

Wieding. Karl Wieding, Die Transmission Justinian's, insbesondere das Wissen oder Nichtwissen des transmittirenden Erben. Leipzig. 1859.

Willems. P. Willems, Le droit public romain ou les institution politiques de Rome. 5-ое изд. Louvain. 1883.

Windscheid-Kipp. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, achte Auflage unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Dr. Theodor Kipp. Frankfurt a. M. 1901.

Windscheid, P. III. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, т. III. 7-ое изд. Frakfurt a. M. 1891.

Wolff Wolff, De transmissione Theodosiana. Marburgi. 1853.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ПОНЯТІЕ ТРАНСМИССІИ.

Опредѣленіе трансмиссіи у пандектистовъ. — Идея, лежащая въ основаніи понятія трансмиссіи. — Предметъ трансмиссіи. — Отличіе трансмиссіи отъ права представленія и субституціи.

Предметомъ настоящаго изслѣдованія являются отношенія наслѣдниковъ къ тому наслѣдству, по поводу котораго ихъ наслѣдодатель за смертію не успѣлъ рѣшить вопроса о своемъ наслѣдованіи въ немъ.

Сущность этихъ отношеній составляетъ прежде всего право наслѣдниковъ стать въ положеніе умершаго, какъ лица, имѣвшаго высказаться по поводу выпавшаго ему наслѣдства. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ случаемъ преемства въ правѣ: у наслѣдниковъ право такого же содержанія, какъ и право ихъ наслѣдодателя, а основаніе права наслѣдодателя является основаніемъ права его наслѣдниковъ: право наслѣдодателя на извѣстный актъ (именно на принятіе наслѣдства или на отреченіе отъ него), т.-е. право наслѣдованія, переносится, transmittitur, на наслѣдниковъ его. Отсюда названіе transmissio, которымъ мы спеціально обозначаемъ это преемство въ правѣ наслѣдованія, далѣе, наименованіе наслѣдодателя, отъ котораго означенное право перешло, трансмитентомъ и, наконецъ, наименованіе наслѣдниковъ его, преемниковъ въ этомъ правѣ, трансмиссарами.

То, что мы здѣсь обозначаемъ терминомъ „трансмиссія“, не вполнѣ согласуется съ тѣмъ понятіемъ, которое пандекти-

сты обыкновенно разумѣютъ подъ трансмиссіей, такъ какъ оно въ одномъ отношеніи уже, а въ другомъ шире послѣдняго. Такъ, римское наслѣдованіе extranei [1], какъ извѣстно, происходитъ слѣдующимъ образомъ: когда кто-нибудь умираетъ, наступаетъ моментъ, называемый открытіемъ наслѣдства или призваніемъ къ наслѣдованію (delatio hereditatis). Этотъ моментъ наступаетъ не безотносительно, а для наслѣдниковъ по завѣщанію и за отсутствіемъ таковаго для ближайшихъ наслѣдниковъ по закону [2]. Онъ можетъ наступать нѣсколько разъ, покуда кто-нибудь изъ послѣдовательно призываемыхъ къ наслѣдованію лицъ не приметъ наслѣдства [3]. За delatio наступаетъ второй моментъ наслѣдованія, называемый принятіемъ наслѣдства, вступленіемъ въ наслѣдство (aditio hereditatis). Этотъ моментъ наступаетъ, когда призванное къ наслѣдованію лицо приметъ наслѣдство, т.-е. выразитъ такъ или иначе свою волю быть наслѣдникомъ умершаго лица, сдѣлаться субъектомъ наслѣдственнаго имущества. Этимъ моментомъ наслѣдованіе завершается. Если же призванное лицо, delatus, умретъ до aditio, но, конечно, послѣ delatio, то право его принять наслѣдство, совершить aditio, не переходитъ къ его собственнымъ наслѣдникамъ, а умираетъ вмѣстѣ съ нимъ. Далѣе, такъ какъ за его смертію delatio осталась безъ положительнаго результата, происходитъ новое призваніе, наступаетъ новая delatio для лицъ, имѣющихъ за устраненіемъ даннаго delatus наслѣдовать умершему. Таково общее правило,

---

[1] Т.-е. qui testatoris juri subjecti non sunt. G. 2 § 161.

[2] Подъ открытіемъ наслѣдства часто разумѣютъ моментъ, когда вообще открывается возможность наслѣдовать данному лицу безотносительно лица призываемаго къ наслѣдованію — открытіе наслѣдства въ широкомъ смыслѣ, то, что нѣмцы называютъ Erbfall; напротивъ, открытіе наслѣдства въ тѣсномъ смыслѣ или призваніе, Erbanfall, что единственно разумѣется подъ delatio, есть моментъ открытія наслѣдства для даннаго лица.

[3] L. 50 § 1, l. 60 § 4. D. de her. inst. 28. 5. Cp. Windscheid, P. III § 535 нач. и кон.; § 549, 1 и пр. 2; § 569. Dernburg, P. III § 128.

существовавшее хотя съ многими исключеніями еще при Юстиніанѣ, но окончательно обратившееся, какъ мы ниже увидимъ, въ силу конституціи отъ 529 г. (l. 19 C. de jure delib. 6.30) и Nov. 158 само въ исключеніе изъ установившагося, въ силу указанныхъ юстиніановыхъ законовъ, правила противоположнаго ему содержанія [4]. Изъ сказаннаго вытекаетъ, что принять наслѣдство согласно общему правилу, о которомъ идетъ рѣчь, могло только призванное къ тому лицо и что наслѣдники призваннаго не могли его заступить въ принятіи наслѣдства, если призванный не успѣлъ этого сдѣлать до своей смерти. Послѣдній выводъ выражается слѣдующимъ афоризмомъ: hereditas nisi adita non transmittitur ad heredes heredis (вѣрнѣе въ данномъ случаѣ delati). Исключенія изъ правила, что пріобрѣсть наслѣдство можетъ только лицо призванное его получить, опредѣляются въ пандектахъ, подъ названіемъ трансмиссій, обыкновенно какъ случаи пріобрѣтенія наслѣдства даннаго лица лицами непризванными быть его наслѣдниками [5]. Опредѣленіе трансмиссіи, какъ пріобрѣтенія наслѣдства вмѣсто призваннаго другимъ лицомъ, обнимаетъ, конечно, всевозможные случаи такого пріобрѣтенія,

---

[4] Романисты, однако, обыкновенно считаютъ правило, что delatio прекращается со смертью призваннаго, сохранившимся какъ принципъ даже для gemeines Recht. Такъ, Dernburg (Pandekten III § 165) говоритъ: „Die Berufung giebt dem fremden Erben ein höchstpersönliches Recht zum Antritt. Dieses Recht ist regelrecht unveräusserlich und unvererblich". Далѣе, говоря о трансмиссіяхъ, онъ замѣчаетъ: „Freilich war dies nicht Regel, sondern Ausnahme, nicht Rechtskonsequenz, sondern Billigkeit". (Въ концѣ § 165.) См. еще Arndts, P. § 512; Brinz, P. III § 389; Baron, P. § 424 III. Такъ же высказывается и Windscheid (P. III § 600), но при этомъ о transmissio Justinianea говоритъ, что „diese Ausnahme geht so weit, dass sie im Grunde eine Aufhebung der bezeichneten Regel enthält..."

[5] См. у Windscheid, P. III, первое заглавіе надъ § 600 и подзаголовокъ надъ тѣмъ же § 600 и § 601; у Arndts, P. заголовокъ § 512 и самый §; то же Koeppen, Lehrb. § 23, § 27, Puchta, P. § 502, Brinz, P. § 389; Tewes, Erbrecht II § 57; Marezoll, Zeitschrift, für Civil. и Pr. T. II, 1829, стр. 54—57.

но, будучи отрицательнымъ, связываетъ ихъ въ одну группу только внѣшнимъ образомъ. Такое опредѣленіе указываетъ въ сущности лишь на то, что не усматривается въ этихъ случаяхъ ничего общаго имъ всѣмъ, а при этомъ условіи, очевидно, трудно говорить о трансмиссіи вообще, и приходится, какъ это и дѣлается [6], ограничиться спеціальнымъ изслѣдованіемъ отдѣльныхъ случаевъ. Далѣе, при отсутствіи общей положительной идеи, какъ самые случаи, считаемые за трансмиссію, нѣсколько разнообразятся, такъ и число ихъ не всегда одинаково у различныхъ изслѣдователей.

Понятіе трансмиссіи, какъ оно очерчено въ началѣ этой главы, въ томъ отношеніи уже только что приведеннаго понятія, что подъ трансмиссіей мы разумѣемъ лишь преемство на случай смерти, и притомъ между наслѣдодателемъ и его наслѣдниками: лицо умираетъ, не успѣвши выразить своей воли относительно выпавшаго ему наслѣдства; за него и за свой счетъ дѣлаютъ это его наслѣдники.

Этому положительному признаку, создающему опредѣленный кругъ случаевъ съ общей физіономіей, ни пандектныя ученія, ни спеціальныя изслѣдованія не придаютъ рѣшающаго значенія. Такъ, къ трансмиссіямъ по господствующему мнѣнію относятъ переходъ права принятія наслѣдства не только къ наслѣдникамъ призваннаго, но и къ другимъ лицамъ. Такими другими лицами по ученію пандектистовъ [7] будутъ:

А. Восходящій родственникъ малолѣтняго. Наслѣдство, которое открылось малолѣтнему (infans), умершему прежде, чѣмъ его ближайшій восходящій съ отцовской стороны успѣлъ принять оное для него, пріобрѣтается въ силу конституціи имп. Ѳеодосія и Валентиніана 426 г. этимъ восходящимъ независимо отъ того, имѣлъ ли онъ patria potestas, или нѣтъ,

---

[6] См. авторовъ, поименованныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи.

[7] Наприм., Windscheid, P. III § 601, Arndts, P. § 513, Dernburg, P. III § 166. 4, Baron, P. § 424, 2 Puchta, P. § 503.

надъ умершимъ малолѣтнимъ [8]. Этотъ случай, называемый transmissio ex capite infantiae является отступленіемъ отъ того порядка наслѣдованія, установленнаго Юстиніаномъ въ новеллахъ 118 и 127, по которому умершему прежде всего наслѣдуютъ его нисходящіе, независимо отъ возраста и ихъ семейнаго положенія, т.-е. отъ того, находились или не находились они подъ отеческой властью умершаго, а за ихъ отсутствіемъ восходящіе наслѣдодателя вмѣстѣ съ его полнородными братьями и сестрами и дѣтьми умершихъ его полнородныхъ братьевъ и сестеръ. Поэтому если infans sui juris, унаслѣдовавшій, напримѣръ, материнское имущество, умеръ не имѣя ни братьевъ, ни сестеръ, ни родныхъ племянниковъ или племянницъ, то наслѣдникомъ его во всемъ имуществѣ будетъ его отецъ. Слѣдовательно, если тотъ же infans умеръ прежде чѣмъ его отецъ успѣлъ filii nomine принять наслѣдство, то съ примѣненіемъ вышеупомянутой конституціи мы имѣли бы, по видимости, случай трансмиссіи въ нашемъ смыслѣ: наслѣдникъ призваннаго (въ данномъ случаѣ pater infantis) уже отъ своего имени принимаетъ наслѣдство, открывшееся его сыну (infans). Однако, въ дѣйствительности тутъ не можетъ быть рѣчи о трансмиссіи въ нашемъ смыслѣ, такъ какъ отецъ пріобрѣтаетъ наслѣдство, открытое его сыну не jure hereditario. Такъ, у infans могли быть братья, тѣмъ не менѣе отецъ, а за его смертію avus или proavus получаетъ это наслѣдство цѣликомъ. Здѣсь мы имѣемъ случай принятія наслѣдства не-наслѣдникомъ лица призваннаго [9]. При-

[8] L. 18 pr.—§ 3. C. de jure del. 6. 30.

[9] Не инымъ представлялся этотъ случай и до появленія новеллъ 118 и 127 и въ частности ко времени изданія самой конституціи Θеодосія и Валентиніана. По общему правилу до-юстиніановскаго права лица, состоящія in patria potestate, не могли имѣть имущества, и, слѣдовательно, наслѣдство послѣ нихъ не могло открыться. Мало того, къ наслѣдованію послѣ filii familias римское право относилось строже, чѣмъ къ обладанію имуществомъ. Такъ, въ видѣ отступленія отъ общаго правила filii familias могли быть субъектами особыхъ имуществъ (bona castrensia, quasi-

соединяя этотъ случай къ случаямъ трансмиссіи въ нашемъ смыслѣ, мы тщетно будемъ искать общее всѣмъ случаямъ новаго состава основаніе перехода права на aditio отъ призваннаго къ другимъ лицамъ, какое мы имѣемъ, если ограничимся тѣми случаями, гдѣ переходъ права принять наслѣдство совершается въ пользу именно наслѣдниковъ призваннаго. Впрочемъ, съ присоединеніемъ transmissio ex capite infantiae къ случаямъ трансмиссіи понятіе послѣдней не выходитъ за предѣлы случаевъ преемства умершему. Многіе, однако, не ограничиваются и этими предѣлами, расширяя понятіе трансмиссіи въ томъ смыслѣ, что подъ него подводятъ не только случаи преемства умершему не въ качествѣ

---

castrensia и adventicia), но, будучи при жизни субъектами такихъ имуществъ, они умирали лишь какъ filii familias, и тѣ имущества, по отношенію къ которымъ они были при жизни patres familias, превращались въ peculium, которое отходило въ таковомъ качествѣ къ ихъ домовладыкѣ. Исключеніе было лишь для peculium castrense, и притомъ лишь въ томъ случаѣ, если filius familias имъ распорядился въ завѣщаніи. Только въ 439 г. (Nov. Theod. 14. 1. 8) было допущено впервые наслѣдованіе въ такъ называемыхъ lucra nuptialia. Ср. Accarias, Précis de droit romain T. I 1886. №№ 298, 437, 438; Cuq, Les institutions juridiques des romains T. II, p. 818; Walter, Geschichte des römischen Rechts. Th. II № 647; Windscheid, P. III. § 601 прим. 3.—Что касается до infans sui juris, то приравненіе его въ конституціи Θеодосія и Валентиніана (въ l. 18, § 3 in fine cit.)къ infans alieni juris вовсе не объясняется, какъ предполагаетъ Koeppen (Lehrb. стр. 174, прим. 3) тѣмъ, что отецъ его является ближайшимъ законнымъ наслѣдникомъ; какъ указалъ Windscheid (P. III § 601 прим. 3) avus, proavus малолѣтняго за смертью отца имѣютъ послѣдовательно то же право на наслѣдство, открывшееся ихъ нисходящему infans, хотя ближайшею наслѣдницею этого infans могла быть его мать. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ особымъ, по выраженію Tewes (System des Erbrecht, II, стр. 69.) jus paternum, каковое право не имѣло ничего общаго съ правомъ наслѣдованія. (См. Marezoll. Zeitschrift für Civil. u. Pr. т. II, 1829, стр. 59, 60.) Спорятъ о томъ, сохранилось ли это право послѣ реформы наслѣдованія на основаніи новеллъ 118 и 127. Koeppen считаетъ его уничтоженнымъ (Lehrb. стр. 175, System. стр. 401, 402) повидимому, также Dernburg (P. III § 166 пр. 16). Если взять во вниманіе, что законы Юстиніана, касающіеся имущественной правоспособности лицъ, находящихся in patria potestate, были проникнуты тенденціей, особенно благопріятной для этихъ лицъ, то мнѣніе Koeppen явится наиболѣе вѣроятнымъ.

наслѣдниковъ, но и случаи преемства inter vivos[10]. Такъ, подъ названіемъ transmissio ex jure patrio, они причисляютъ къ случаямъ трансмиссіи тотъ, когда

В. Домовладыка пріобрѣтаетъ наслѣдство, открывшееся его подвластному и отвергнутое послѣднимъ. Юстиніанъ постановилъ въ одной изъ своихъ конституцій отъ 531 г. правило, что на всякое пріобрѣтеніе, отъ котораго отказались подвластныя дѣти, имѣютъ право ихъ домовладыки[11]. Пріобрѣтеніе домовладыкой наслѣдства, отъ котораго отказался его подвластный, является, слѣдовательно, лишь однимъ изъ случаевъ примѣненія этого правила[12]. Тутъ мы имѣемъ дѣло, въ сущности, съ остаткомъ того древняго принципа, въ силу котораго все, что ни пріобрѣталъ подвластный, пріобрѣталось его домовладыкой, но этотъ древній принципъ ограниченъ здѣсь условіемъ отказа подвластнаго отъ пріобрѣтенія; при чемъ данный отказъ не можетъ разсматриваться, какъ абсолютное прекращеніе возможности пріобрѣтенія[13], а какъ отказъ со стороны подвластнаго воспользоваться преимуще-

---

[10] Напр. Windscheid, P. III § 601. 1 Brinz, P. III § 389. II. 1: Puchta, P. § 502; Koeppen, Lehrb. § 28.

[11] L. 8 pr.— § 2 C. de bon. quae lib. 6. 61: § 1; Sancimus itaque in omnibus rebus, quae fugiunt quidem dominii adquisitionem, sed usus fructus tantummodo patri offertur... sive pater adire filium familias integrae aetatis compellit et ille reclamandum existimat, patrem ipsum sibi adire hereditatem recusante filio et omne sive damnum sive lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc praejudicio filio generando: sive e contrario patre recusante filius adire hereditatem voluerit, nullam adquisitionem nec usum fructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit: nulla actione neque contra patrem danda, ubi adversus ejus voluntatem filius hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel aliud quidquid ex quocumque titulo sive donationis sive contractus sibi adquirere maluerint, neque adversus filium simili modo actione extendenda, ubi recusante eo pater sua auctoritate haec sibi vindicet...

[12] Windscheid, P. III § 601 пр. 1; Sintenis, P. III § 203, пр. 2, стр. 654.

[13] Pater и filii familias были связаны другъ съ другомъ въ отказѣ: neque filius familias, говоритъ Ульпіанъ, repudiando sine patre, neque pater sine filio alteri nocet: utrique autem possunt repudiare. L. 13 § 3 D. de A. v. O. H. 29. 2.

ствомъ новаго права, по которому ему принадлежитъ все, что пріобрѣтено имъ не ex ejus substantia, cujus in potestate sit.

Итакъ, мы видимъ, что къ трансмиссіи по господствующему мнѣнію относятся двѣ, а по мнѣнію многихъ три разнородныхъ, ничего не имѣющихъ общаго между собою, категоріи случаевъ пріобрѣтенія наслѣдства лицами непризванными: эти непризванныя лица пріобрѣтаютъ или въ качествѣ наслѣдниковъ призваннаго, или лишь въ качествѣ восходящихъ родственниковъ съ отцовской стороны, или лишь въ качествѣ домовладыкъ, и въ этомъ случаѣ даже не путемъ successio mortis causa [14]. Однако при отсутствіи общей положительной стороны у этихъ трехъ категорій возникаетъ вопросъ о цѣлесообразности выдѣленія этихъ случаевъ въ обособленную группу. Не одни эти случаи являются случаями пріобрѣтенія наслѣдства непризваннымъ къ наслѣдованію въ немъ лицомъ. И дѣйствительно, нѣкоторые писатели присоединяютъ къ нимъ пріобрѣтеніе эрипіэнтомъ наслѣдства, открывшагося недостойному, переходъ открывшагося наслѣдства отъ orbi къ тѣмъ qui in eo testamento liberos habeat, aut si nullus liberos habebit, ad populum (G. 2. § 286a), addictio bonorum libertatum conservandarum causa, in jure cessio открывшагося наслѣдства и друг. [15].

Вышеуказаннымъ отрицательнымъ опредѣленіемъ трансмиссіи (какъ пріобрѣтенія наслѣдства даннаго лица лицами непризванными быть его наслѣдниками), вѣроятно, имѣлось въ виду создать возможность разсматривать болѣе широкій кругъ случаевъ, когда вмѣсто призваннаго пріобрѣтаетъ наслѣдство другое лицо, между тѣмъ какъ исходя изъ нашего понятія, многіе изъ случаевъ пріобрѣтенія наслѣдства

[14] Ср. Puchta, P. § 502 въ концѣ.

[15] См. von Löhr Arch. f. Civ. Pr. II, 1821, стр. 195 пр. 22; Marezoll Zeitschr. jür Civil. u. Pr. II, 1829, стр. 57 и сл.

непризваннымъ лицомъ мы должны оставить въ сторонѣ, то-есть, внѣ ученія о трансмиссіи [16]. Однако это расширеніе круга случаевъ путемъ отрицательнаго опредѣленія ни къ чему не послужило, и если означенное отрицательное опредѣленіе и даетъ формальное основаніе для разсмотрѣнія въ одномъ изслѣдованіи бо́льшаго или меньшаго количества случаевъ пріобрѣтенія наслѣдства непризваннымъ, то это разсмотрѣніе имѣетъ характеръ простого перечня отдѣльныхъ случаевъ съ болѣе или менѣе подробными разборами каждаго изъ нихъ [17]. Между тѣмъ, вниманіе изслѣдователя при подобныхъ условіяхъ, занятое чисто специфическими римскими особенностями отдѣльныхъ случаевъ, отвлекается отъ сущности случаевъ трансмиссіи въ нашемъ смыслѣ, объединяющей ихъ подъ одно понятіе, извѣстное не только римскому, но и всякому сколько-нибудь развитому праву, и притомъ, какъ мы увидимъ ниже, независимо отъ того, держится ли то или другое право въ вопросѣ пріобрѣтенія наслѣдства такъ называемаго римскаго или германскаго начала. Въ исключеніяхъ изъ правила, что hereditas nisi adita non transmittitur ad heredis heredes лежитъ идея, что наслѣдникъ какъ таковой, получая наслѣдство наслѣдодателя, становится также и въ то положеніе, въ какомъ былъ наслѣдодатель по отношенію наслѣдства, которое ему самому выпало: если послѣдній его принялъ, то и наслѣдникъ не можетъ отъ него отказаться; если онъ отрекся отъ него, то наслѣднику его не получить; если наслѣдодателю предстояло принять рѣшеніе о выпавшемъ ему на долю наслѣдствѣ, то и наслѣднику предстоитъ рѣшить то, чего не рѣшилъ наслѣдодатель.

Съ присоединеніемъ tr. ex capite infantiae и tr. ex jure

---

[16] Ср. Mühlenbruch, Glück's Commentar XLIII стр. 227; Puchta, P. § 502, второй абзацъ.

[17] Ср. Sintenis, P. III § 204, пр. 2; Steppes стр. 6—10.

patrio къ случаямъ трансмиссіи въ нашемъ смыслѣ идея эта, которая только одна и заключается въ понятіи трансмиссіи, исчезаетъ ничѣмъ незамѣненная.

Если трансмиссія, такъ какъ мы ее понимаемъ, является понятіемъ болѣе узкимъ, чѣмъ то, которое обыкновенно разумѣютъ подъ этимъ терминомъ, то въ другомъ отношеніи, именно въ отношеніи того, что переносится отъ трансмитента къ трансмиссару, она оказывается понятіемъ болѣе широкимъ и относится въ этомъ случаѣ къ трансмиссіи въ обычномъ смыслѣ, какъ родъ къ виду. Трансмиссія есть нѣчто болѣе чѣмъ переносъ на трансмиссара правомочія опредѣленнаго рода, именно—права принять открытое другому наслѣдство: въ трансмиссіи переносится вообще неопредѣлившееся положеніе лица, не выразившаго своей воли относительно выпавшаго наслѣдства. Но такое положеніе бываетъ, и слѣдовательно трансмиссія мыслима одинаково по отношенію какъ къ heres voluntarius (extraneus), такъ и къ suus heres. Какъ извѣстно, sui считаются наслѣдниками своего домовладыки въ моментъ его смерти независимо отъ своей воли, и имъ лишь въ видѣ льготы разрѣшено воздержаться отъ наслѣдства; extranei, наоборотъ, становятся наслѣдниками лишь въ силу выраженной ими воли. Такая двойственность встрѣчается и въ современномъ правѣ, гдѣ нѣкоторыя законодательства требуютъ волеизъявленія для пріобрѣтенія наслѣдства; другія, наоборотъ, признаютъ наслѣдниковъ за таковыхъ уже въ моментъ смерти наслѣдодателя (ipso jure). Первыя изъ нихъ усвоили римское воззрѣніе на heredes extranei (наслѣдованіе по римскому началу), вторыя же стоятъ на почвѣ германскаго правосознанія (наслѣдованіе по германскому началу).

При томъ или другомъ началѣ, пока лицо, коему выпадаетъ наслѣдство, не опредѣлило безповоротно своего отношенія къ данному наслѣдству, положеніе его одинаково яв-

ляется неопредѣлившимся, и его наслѣднику, вступая въ это положеніе, предстоитъ по своему усмотрѣнію разрѣшить его. Такъ, въ законодательствахъ, придерживающихся римскаго начала, пріобрѣтеніе наслѣдства предполагаетъ призваніе лица къ наслѣдованію и принятіе призваннымъ наслѣдства. Если призванное лицо умерло до принятія наслѣдства, и притомъ не отказавшись отъ него, то трансмиссія будетъ заключаться въ successio in delationem: наслѣдникамъ призваннаго, становясь въ его положеніе, предстоитъ или принять наслѣдство, къ коему призывался ихъ наслѣдодатель, или отказаться отъ него. Въ законодательствахъ, держащихся германскаго начала, смерть наслѣдодателя непосредственно дѣлаетъ лица, указанныя закономъ или завѣщаніемъ или, наконецъ, завѣщательнымъ договоромъ, наслѣдниками ему, т.-е. субъектами всѣхъ правъ и обязанностей, входящихъ въ составъ наслѣдственнаго имущества. Поэтому достаточно наслѣднику пережить на мгновеніе наслѣдодателя, чтобъ имущество наслѣдодателя сдѣлалось имуществомъ наслѣдника, а наслѣдники послѣдняго (который могъ умереть, не зная, что сдѣлался самъ наслѣдникомъ) пріобрѣтаютъ то и другое исключительно въ качествѣ наслѣдниковъ его. При этихъ условіяхъ, разумѣется, ни о какой трансмиссіи не могло бы быть и рѣчи. Но въ законодательствахъ, придерживающихся германскаго принципа рядомъ съ положеніемъ der Tote erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif дѣйствуетъ и тотъ принципъ, что il ne se porte héritier qui ne veut. Наслѣднику предоставляется право отречься отъ наслѣдства, право перестать быть наслѣдникомъ. Такимъ образомъ, пока наслѣдникъ сохраняетъ за собою право отречься отъ наслѣдства, положеніе его такъ же неопредѣленно, какъ положеніе призваннаго: какъ по отношенію того, такъ и по отношенію другого неизвѣстно, будутъ ли они или не будутъ въ концѣ концовъ наслѣдниками, а равно отъ воли того и другого

зависитъ тотъ или иной выборъ. Поэтому, если наслѣдникъ умретъ, сохранивъ свое право отреченія, то въ переходѣ этого права отреченія къ наслѣдникамъ его точно такъ же, какъ и въ successio in delationem, мы имѣемъ преемство въ правѣ наслѣдованія, такъ какъ наслѣдникамъ наслѣдника, становясь въ его положеніе, предстоитъ рѣшить, остаться ли имъ наслѣдниками того наслѣдства, по отношенію котораго ихъ наслѣдодатель не успѣлъ за смертію своею принять рѣшеніе, или отречься отъ этого наслѣдства[18]. Тѣмъ не менѣе, подъ трансмиссіею обыкновенно разумѣютъ лишь одну категорію случаевъ преемства въ правѣ наслѣдованія, именно случаи successio in delationem[19]. Согласно такому воззрѣнію на трансмиссію господствующимъ ученіемъ отвергается tr. ex capite suitatis и притомъ безразлично, понимается ли подъ этимъ терминомъ переходъ наслѣдства отъ suus умершаго до immixtio или переходъ jus abstinendi[20].

Итакъ, для существованія въ томъ или другомъ законодательствѣ трансмиссіи въ нашемъ смыслѣ не имѣетъ значенія вопросъ, какого начала держится данное законодательство, такъ называемаго римскаго или германскаго; лишь то важно, чтобъ въ первомъ случаѣ право принятія переходило по наслѣдству, а во второмъ — чтобъ лица, сдѣлавшіяся наслѣдниками въ силу одного факта смерти наслѣдодателя, не оставались таковыми противъ своей воли и чтобъ право отреченія также переходило по наслѣдству.

---

[18] Ср. Dernburg, P. III § 165 у примѣч. 5. Koeppen, Lehrb. § 26, стр. 169 прим. 1; Brinz, P. III § 389. 4; Marezoll, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II, 1829, стр. 82—84.

[19] Windscheid, P. III § 600; Dernburg, P. III § 165 „...also das Recht zum Erbschaftsantritte vererbt; Koeppen, Lehrb. § 23; Sintenis, P. III § 204; Brinz, P. § 389.

[20] Windscheid, P. III § 600, пр. 2; Arndts, P. § 512; Puchta, P. § 504. 3; Baron, P. § 421 въ концѣ; Mühlenbruch, P. III § 705 у прим. 6 и въ Glück's Comm. т. 43, стр. 148; Sintenis вовсе не упоминаетъ, см. его P. § 204.

Изъ понятія трансмиссіи, какъ преемства наслѣдника въ правѣ наслѣдодателя, окончательно рѣшить свое отношеніе къ наслѣдству выпавшему на долю послѣдняго, само собою вытекаетъ, что:

1. Трансмитентомъ можетъ быть только лицо, оставившее въ своемъ наслѣдствѣ право наслѣдованія въ какомъ-либо имуществѣ, къ наслѣдованію котораго оно было призвано или котораго оно было наслѣдникомъ, при чемъ подъ правомъ наслѣдованія мы разумѣемъ право принять данное наслѣдство или отречься отъ него.

2. Трансмиссаромъ можетъ быть только наслѣдникъ трансмитента, и притомъ независимо отъ того, кѣмъ этотъ наслѣдникъ приходился трансмиссару и трансмитенту, сыномъ, внукомъ или совершенно постороннимъ лицомъ. Съ другой стороны, нисходящіе и вообще родственники какъ наслѣдодателя трансмитента, такъ и самаго трансмитента постольку будутъ трансмиссарами, поскольку они будутъ наслѣдниками по закону или по завѣщанію трансмитента. Обратно, всякій разъ, какъ эти лица получатъ наслѣдство, оставленное наслѣдодателемъ трансмитенту, сами не наслѣдуя послѣднему, о трансмиссіи не можетъ быть рѣчи. Итакъ, трансмиссаръ только какъ наслѣдникъ трансмитента имѣетъ рѣшить вопросъ, принять ли ему наслѣдство, относительно котораго наслѣдодатель не успѣлъ за смертію придти къ положительному или отрицательному рѣшенію, или отречься отъ него. Вотъ почему, напримѣръ, если требуется отъ трансмиссара, какъ наслѣдника трансмитента, чтобъ онъ былъ по крайней мѣрѣ зачатъ ко времени смерти трансмитента, то это требованіе для него по отношенію къ наслѣдодателю трасмитента, разумѣется, не существуетъ.

3. Смотря по тому, какое значеніе имѣетъ въ томъ или иномъ законодательствѣ смерть наслѣдодателя, является ли она моментомъ лишь открытія наслѣдства или моментомъ

пріобрѣтенія наслѣдства, предметомъ трансмиссіи будетъ или право наслѣдованія, заключающееся въ выборѣ призваннымъ между принятіемъ наслѣдства, къ коему онъ призывается, и отреченіемъ отъ него, или же право наслѣдованія, заключающееся въ выборѣ наслѣдникомъ, остаться ли ему таковымъ, или перестать имъ быть.

4. Признаніе со стороны положительнаго права трансмиссіи есть вмѣстѣ съ тѣмъ признаніе независимости права наслѣдованія въ его существованіи отъ жизни его субъекта, призваннаго или наслѣдника: со смертью призваннаго данное призваніе не прекращается и не уступаетъ мѣста новому призванію, а продолжаетъ существовать для наслѣдниковъ призваннаго, которые очень часто не будутъ наслѣдниками перваго наслѣдодателя; со смертью же наслѣдника, имѣвшаго право отречься, это самое право сохраняется для его наслѣдниковъ, такъ что послѣдніе, благодаря трансмиссіи, не будутъ въ менѣе благопріятномъ положеніи, чѣмъ ихъ наслѣдодатель, который могъ отказаться отъ даннаго наслѣдства.

5. Субституція уступаетъ мѣсто трансмиссіи. Это положеніе имѣетъ въ виду лишь случаи преемства въ положеніи призваннаго [21]. Субституція предполагаетъ новое призваніе, которое замѣнило бы предыдущее, прекратившееся за своей безрезультатностію; трансмиссія же есть продолжающееся призваніе, которое, пока оно существуетъ, исключаетъ всякое новое призваніе. Отсюда, конечно, не слѣдуетъ, чтобъ завѣщатель былъ ограниченъ въ своихъ назначеніяхъ: онъ можетъ поставить условіемъ назначенія наслѣдникомъ, чтобъ назна-

[21] Очевидно, что въ случаяхъ пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure коллизія этихъ двухъ институтовъ немыслима, такъ какъ первое назначеніе осуществилось уже въ моментъ смерти: назначенный уже тогда наслѣдникъ. Если же назначенный отречется, то со смертію своею онъ не передастъ никакихъ правъ по отношенію къ наслѣдству, къ коему онъ былъ назначенъ, не имѣя таковыхъ; но см. ниже стр. 170 и сл.

чаемое лицо само приняло наслѣдство. Мало того, преимущество субституціи надъ трансмиссіей можетъ, разумѣется, быть содержаніемъ нормы положительнаго права; такая норма будетъ означать, что положительное право разсматриваетъ предыдущее назначеніе, какъ обусловленное по волѣ завѣщателя (condicio tacita), тѣмъ обстоятельствомъ, чтобъ назначенный самъ пріобрѣлъ наслѣдство. Но, при отсутствіи подобной нормы или ясно выраженной завѣщателемъ воли означеннаго содержанія, субституція должна имѣть мѣсто лишь въ случаѣ отсутствія трансмиссіи или отреченія трансмиссаровъ отъ наслѣдства, открывшагося трансмитенту.

6. Наконецъ, въ случаяхъ, когда трансмиссія является преемствомъ въ правѣ отреченія отъ наслѣдства, пріобрѣтеннаго въ силу лишь смерти наслѣдодателя, осуществленіе этого права трансмиссарами есть по своимъ послѣдствіямъ осуществленіе его самимъ трансмитентомъ. Поэтому въ данныхъ случаяхъ съ отреченіемъ трансмиссаровъ имѣютъ наслѣдовать именно тѣ, которыхъ заслонялъ собою трансмитентъ, т.-е. не ближайшіе послѣ трансмиссара наслѣдники трансмитента, а ближайшіе послѣ трансмитента наслѣдники наслѣдодателя, такъ какъ съ осуществленіемъ трансмиссаромъ права отреченія, которое имѣлъ трансмитентъ, дѣло стоитъ такъ, какъ будто трансмитентъ никогда не былъ наслѣдникомъ.

Трансмиссія—понятіе довольно простое и весьма опредѣленное. Понимаемая въ нашемъ ли смыслѣ, или въ обычномъ, она не имѣетъ рѣшительно ничего общаго ни съ правомъ представленія, ни съ субституціей. Однако, въ объясненіяхъ IV книги проекта Редакціонной Комиссіи по составленію Гражданскаго Уложенія проводится иной взглядъ на транс-

миссію, по которому она мало чѣмъ отличается какъ отъ права представленія, такъ и отъ субституціи.

Такъ, неожиданнымъ является въ объясненіяхъ къ ст. 169 проекта такое приведеніе трансмиссіи въ связь съ правомъ представленія, которое основывается на невѣрномъ предположеніи, что различіе между этими обоими понятіями заключается лишь въ томъ, умерло ли данное лицо до открытія или послѣ открытія наслѣдства, но до принятія его.

Статья 169 проекта гласитъ:

> „Право принять наслѣдство или отречься отъ него, въ случаѣ смерти лица, въ пользу котораго наслѣдство открылось, переходитъ къ наслѣдникамъ этого лица".

Приведенная статья устанавливаетъ трансмиссію въ истинномъ ея понятіи. Но затѣмъ въ объясненіяхъ къ этой статьѣ говорится, что трансмиссія по т. X, ч. I, неизбѣжна, такъ какъ право представленія въ силу ст. 1123 т. X, ч. I, имѣетъ мѣсто „лишь относительно тѣхъ лицъ, которыя не находились въ живыхъ при открытіи наслѣдства". „Никто, однако", читаемъ далѣе, „не сомнѣвается, что внуки должны наслѣдовать, если отецъ ихъ умеръ, не успѣвъ принять наслѣдства: они наслѣдуютъ, вступая въ права ихъ отца". Выходитъ, такимъ образомъ, какъ будто трансмиссія есть не что иное, какъ право представленія въ примѣненіи къ лицу призванному, но умершему не успѣвъ принять наслѣдства, иначе говоря, будто бы вся разница между обоими институтами заключается лишь въ томъ, умерло ли лицо, которое представляютъ, до открытія наслѣдства или послѣ открытія. Въ упомянутыхъ объясненіяхъ ст. 169 проекта упущено, между прочимъ, изъ вида, что цѣли обоихъ институтовъ совершенно различныя: трансмиссія имѣетъ въ виду не внуковъ, а именно наслѣдниковъ призваннаго къ наслѣдованію лица, какъ это правильно выражено въ означенной ст. 169 проекта, а этими

наслѣдниками могутъ быть и не одни дѣти призваннаго, и даже не дѣти его. Напротивъ, право представленія имѣетъ въ виду только нисходящихъ лица, которое, если бъ наслѣдовало, исключило бы ихъ отъ наслѣдованія именно лишь въ силу ближайшей степени своего родства къ наслѣдодателю. При этомъ по нашему праву, какъ и по римскому [22], правомъ представленія пользуются нисходящіе, независимо отъ того были ли они наслѣдниками или нѣтъ того, чье мѣсто они заступаютъ [23].

Полное смѣшеніе обоихъ понятій допущено и въ нѣкоторыхъ сенатскихъ рѣшеніяхъ. Такъ, въ одномъ изъ нихъ ($^{1874}/_{688}$) значится, что „лицо, имѣющее право на непосредственное наслѣдованіе можетъ само умереть прежде, нежели оно выразитъ волю свою относительно принятія или непринятія наслѣдства; наслѣдственное право умершаго въ этомъ случаѣ не уничтожается, но переходитъ, согласно 1104 ст., т. X, ч. I, къ его наслѣднику, который въ отношеніи къ лицу перваго уставителя наслѣдства явится, по разуму 1123 ст., т. X, ч. I, наслѣдникомъ по праву представленія". Въ другомъ рѣшеніи $^{1879}/_{292}$) мы читаемъ: „по точному смыслу приведенныхъ законовъ (ст. ст. 1104, 1254, 1255, 1127, 1132), если за смертью наслѣдника ближайшей степени, наприм. сына, заступаетъ его

---

[22] Теперь всѣ согласны, что въ римскомъ правѣ наслѣдующіе по праву представленія наслѣдуютъ suo jure, а не jure praedefuncti parentis. Прежнія неправильныя толкованія, по которымъ наслѣдующіе по праву представленія представляютъ своего восходящаго въ правѣ наслѣдованія или хотя бы въ долѣ участія въ наслѣдованіи, отразились на французскомъ Code civil и на австрійскомъ уложеніи, но остались совершенно чужды нашему X тому. Право представленія у насъ есть лишь право заступленія въ мѣсто и степень лица, выбывшаго изъ порядка наслѣдованія до смерти наслѣдодателя, что, между прочимъ, очевидно хотя бы изъ содержанія ст. 1262, приведенной въ слѣдующемъ примѣчаніи.

[23] Ст. 1262, т. X, ч. I: „Дѣти не обязаны платить долговъ за родителей, если по смерти ихъ никакого имѣнія въ наслѣдство не получили, хотя бы по праву представленія и досталось имъ потомъ наслѣдство отъ дѣдовъ и другихъ родственниковъ".

мѣсто дальнѣйшая степень, какъ то внукъ, то по праву представленія имъ принадлежитъ вся совокупность правъ... Это относится и къ тѣмъ случаямъ, когда ближайшій наслѣдникъ, находившійся въ живыхъ при открытіи наслѣдства, умеръ потомъ, не осуществивъ своихъ правъ или не заявивъ объ нихъ установленнымъ порядкомъ". Въ этомъ рѣшеніи, какъ и въ упомянутомъ выше объясненіи къ ст. 169 проекта, упущено изъ вида, что наслѣдниками этого „ближайшаго наслѣдника" могутъ быть даже и не родственники ни ему, ни наслѣдодателю, и тѣмъ не менѣе они могутъ принять или не принять наслѣдства, къ коему призывался ихъ наслѣдодатель, совершенно какъ если бъ они были дѣтьми его[24].

Различіе между трансмиссіей и преемствомъ по праву представленія вовсе не исчерпывается тѣмъ, что первая имѣетъ мѣсто въ случаяхъ, когда призванный умретъ до принятія, а второе—въ случаяхъ, когда лицо, имѣвшее наслѣдовать, умерло до открытія наслѣдства. Въ отличіе отъ трансмиссіи право представленія есть право, которое принадлежитъ исключительно нисходящимъ того, кто долженъ былъ наслѣдовать по закону. Эти нисходящіе, вступая въ его мѣсто, сами наслѣдуютъ и притомъ непосредственно тому, кому долженъ былъ наслѣдовать ихъ восходящій: за выбытіемъ послѣдняго изъ порядка наслѣдованія, нисходящіе

---

[24] Совершенно вѣрное пониманіе трансмиссіи мы находимъ въ болѣе раннихъ рѣшеніяхъ. Такъ, напр., кассац. рѣшеніе 1870 1114 говоритъ: „Изъ сопоставленія этихъ статей (1262 и 1123 т. X ч. I) очевидно, что дѣти не обязаны платить долговъ за родителей лишь изъ такого наслѣдства, которое открылось тогда, когда родители не находились уже въ живыхъ; но если въ моментъ открытія наслѣдства родители были живы, въ такомъ случаѣ, хотя бы они при жизни своей и не успѣли получить открывшагося имъ наслѣдства, сіе послѣднее переходитъ къ дѣтямъ, уже не по праву представленія, а какъ имущество, дошедшее по праву наслѣдованія послѣ родителей; вслѣдствіе чего дѣти, принявшіе такое имущество, не могутъ быть освобождены отъ платежа родительскихъ долговъ на основаніи 1259 статьи т. X. ч. I".

его по праву представленія являются прямыми законными наслѣдниками наслѣдодателя, коему долженъ былъ наслѣдовать ихъ восходящій. Притомъ указанное заступленіе совершается независимо отъ того, являются ли нисходящіе наслѣдниками своего восходящаго, мѣсто котораго они въ наслѣдованіи заступаютъ. Право представленія не предполагаетъ рѣшительно никакого преемства между лицомъ, въ степень котораго вступаютъ и лицомъ вступающимъ: отъ перваго не переходитъ никакого права на второе лицо; разъ лицо, въ чью степень вступаютъ, выбыло, оно не играетъ уже никакой роли и наслѣдующіе по праву представленія какъ таковые—наслѣдники только того лица, коему они наслѣдуютъ, благодаря выбытію ихъ восходящаго.

Для понятія права представленія несущественно даже, чтобъ ближайшій нисходящій не былъ въ живыхъ къ открытію наслѣдства вообще (Erbfall). Лицо, ближайшее или равное другимъ по степени родства къ наслѣдодателю, находясь въ живыхъ при открытіи наслѣдства, можетъ быть лишено вообще права наслѣдованія еще до открытія наслѣдства; въ этомъ случаѣ оно такъ же сходитъ со своего мѣста ближайшаго наслѣдника, какъ если бъ оно умерло до открытія, и его мѣсто занимаютъ тѣ лица, которыя оно загораживало бы собою отъ наслѣдства, если бъ оно занимало еще свое мѣсто[25]. Но существенно для понятія права представленія, чтобы лицо, бли-

[25] Для нашего права этотъ вопросъ не долженъ явиться спорнымъ уже потому, что нашъ законъ не придаетъ смерти того исключительнаго значенія, которое для римскаго права выразилось въ принципѣ hereditas viventis non datur. Такъ, наслѣдство открывается естественною смертью лица и лишеніемъ его всѣхъ правъ состоянія (ст. 1222 т. X ч. I); смерти приравнивается и вступленіе въ монашество: вступающій въ монашество обязанъ до постриженія отдать родовое свое имущество законнымъ наслѣдникамъ, благопріобрѣтеннымъ же долженъ распорядиться въ чью-либо пользу по своему усмотрѣнію, въ недостаткѣ каковаго распоряженія, оно обращается къ законнымъ наслѣдникамъ (ст. 1223 т. X ч. I.). Ср. Анненковъ, Система р. гр. пр. т. VI. стр. 283).

жайшее или равное другимъ по степени родства, не умерло послѣ призванія, что, конечно, можетъ случиться только по открытіи наслѣдства: въ противномъ случаѣ, состоявшееся призваніе переходитъ къ наслѣдникамъ призваннаго (трансмиссія), и слѣдовательно мѣсто ближайшаго наслѣдника не освобождается и о заступленіи мѣста умершаго тѣми лицами, которыя вытѣснялись имъ, а впослѣдствіи его наслѣдниками, не можетъ быть рѣчи; иными словами—не можетъ быть рѣчи о какомъ либо правѣ представленія[26]. Правда, что ст. 1123 т. X, ч. I, устанавливающая право представленія, говоритъ о случаѣ: „если при открытіи наслѣдства лицо, ближайшее или равное другимъ по степени родства, не находится уже въ живыхъ". Но что здѣсь мы имѣемъ выраженіе принципа въ конкретной формѣ, именно въ формѣ упоминанія наиболѣе частаго случая, вытекаетъ изъ слѣдующаго соображенія: если ст. 1123 допускаетъ нисходящему занимать мѣсто и вступать въ степень умершаго, его восходящаго, то именно потому только, что мѣсто это свободно, а свободно оно будетъ и въ случаѣ лишенія всѣхъ правъ, и въ случаѣ постриженія, и въ случаѣ лишенія наслѣдства „лица ближайшаго или равнаго другимъ по степени родства"[27].

---

[26] См. Демченко „Существо, наслѣдство и призваніе къ наслѣдованію по русскому праву". Вып. I, 1877, стр. 109 и 110. Побѣдоносцевъ стр. 395; Шершеневичъ стр. 561. Совершенно невѣрный взглядъ на трансмиссію проводитъ Башмаковъ въ „Юрид. Газетѣ" 1903 г. № 13 (фельетонъ).

[27] Многіе юристы говорятъ о наслѣдованіи по праву представленія потомковъ отрекшагося. Но наслѣдованіе по праву представленія предполагаетъ, какъ это вѣрно указано у Демченко (упом. соч. стр. 109 и 110), что лицо, чье мѣсто занимаютъ и въ чью степень вступаютъ, выбыло до своего призванія, до открытія наслѣдства. Если данное лицо отреклось отъ наслѣдства, то оно, слѣдовательно, было призвано, и если его потомки наслѣдуютъ въ томъ имуществѣ, отъ котораго оно отказалось, то они наслѣдуютъ не потому, что не могъ быть призванъ ихъ восходящій, а вслѣдствіе повторнаго призванія, т.-е. по нѣмецкой терминологіи, successive Berufung.

Итакъ, какъ было выше замѣчено, для понятія права представленія существенно, чтобы лицо, ближайшее или равное другимъ по степени родства, не было призвано до своей смерти. Со смертью лица, въ пользу котораго открылось наслѣдство и которое не успѣло рѣшить о принятіи или непринятіи его, если не непремѣнно уничтожается всякая возможность какихъ-либо отношеній къ этому наслѣдству всѣхъ иныхъ, помимо умершаго, презумптивныхъ наслѣдниковъ наслѣдодателя умершаго [28], то, во всякомъ случаѣ, не только отдаляется наслѣдованіе законныхъ наслѣдниковъ наслѣдодателя, но и умаляется самая вѣроятность этого наслѣдованія; отсюда происшедшая до призванія смерть лица, стоявшаго въ порядкѣ наслѣдованія впереди прочихъ, полезна этимъ послѣднимъ, такъ какъ очищаетъ имъ путь къ наслѣдованію; смерть того же лица, но послѣ его призванія, имѣетъ для нихъ другое, противоположное значеніе.

Не менѣе неожиданнымъ является допущенное въ объясненіяхъ къ проекту кн. IV Гр. Уложенія полное смѣшеніе трансмиссіи съ субституціей.

Первая часть статьи 75 проекта кн. IV гласитъ:

„Въ случаѣ смерти наслѣдника по завѣщанію до открытія наслѣдства, къ наслѣдованію въ завѣ-

---

[28] Предположимъ, что А завѣщалъ свое имущество въ пользу В; В умеръ послѣ А, но прежде чѣмъ узналъ о своемъ призваніи; предположимъ далѣе, что у В братъ С, который является ближайшимъ наслѣдникомъ В, и что этотъ С отказывается отъ наслѣдства В. Въ такомъ случаѣ наслѣдство В съ правомъ принятія наслѣдства послѣ А (отказа отъ послѣдняго не могло быть, ибо С, уклонившись отъ наслѣдства брата, не имѣетъ права ни принять оставшееся послѣ А наслѣдство, ни отказаться отъ него) перейдетъ къ дальнѣйшимъ наслѣдникамъ В, а за отреченіемъ ихъ или ихъ отсутствіемъ сдѣлается выморочнымъ. Въ данномъ случаѣ смерть призваннаго имѣетъ для презумптивныхъ наслѣдниковъ его наслѣдодателя то же значеніе, что и принятіе призваннымъ наслѣдства.

щанномъ умершему имуществѣ призываются нисходящіе умершаго, насколько въ завѣщаніи не постановлено иного".

Въ объясненіяхъ къ этой статьѣ значится, между прочимъ, что „завѣщатель передаетъ свое имущество въ полную собственность избранному имъ наслѣднику, зная, что оно перейдетъ къ его нисходящимъ. Если бы завѣщатель хотѣлъ устранить этихъ послѣднихъ отъ наслѣдованія завѣщаннымъ имуществомъ, то, безъ сомнѣнія, предоставилъ бы его избранному лицу лишь въ пожизненное пользовладѣніе, или же, на случай смерти избраннаго наслѣдника до открытія наслѣдства, предоставилъ бы имущество другому лицу въ качествѣ наслѣдника". Итакъ, ст. 75 проекта, какъ видно изъ словъ „насколько въ завѣщаніи не постановлено иного" и согласно объясненію составителей проекта, предполагаетъ, что завѣщатель, назначая кого-либо наслѣдникомъ, тѣмъ самымъ имѣлъ въ виду назначить и его нисходящихъ на тотъ случай, если прямо имъ назначенный умретъ до открытія наслѣдства. Здѣсь, слѣдовательно, мы имѣемъ дѣло съ substitutio vulgaris или, по крайней мѣрѣ, съ видомъ substitutio vulgaris, который отличается отъ того, что разумѣется и узаконяется въ статьѣ, непосредственно слѣдующей за 75-й, лишь тѣмъ, что подназначеніе въ случаѣ, предусматриваемомъ статьей 75, не выражено прямо завѣщателемъ, но предполагается выраженнымъ имъ (substitutio tacita) [29]. Тѣмъ не менѣе въ объясненіяхъ къ ст. 169 проекта называютъ случай субституціи, о которой говоритъ ст. 75, трансмиссіей права наслѣдованія.

---

[29] Ср. Krainz-Pfaff II, Grundriss § 481 пр. 2, Ausführungen § 495 (стр. 383, 384). Planck §§ 2068—2070. 2 (стр. 233); Dernburg. Preuss. Privatrecht III § 198. 2.

Тамъ говорится: „трансмиссія права наслѣдованія по завѣщанію допускается проектомъ лишь въ видѣ изъятія въ пользу нисходящихъ назначеннаго въ завѣщаніи наслѣдника, какъ неизбѣжное послѣдствіе того основного положенія проекта, по которому завѣщательное распоряженіе всегда признается сдѣланнымъ не только въ пользу означеннаго завѣщателемъ лица, но и въ пользу нисходящихъ этого послѣдняго (ст. 75 пр.)". Какъ широко ни толковать слово „трансмиссія", трудно усмотрѣть что-либо похожее на трансмиссію въ ст. 75. Если бъ даже понимать трансмиссію лишь въ общемъ значеніи слова „передача", то и тогда были бы тщетны поиски въ этой статьѣ какихъ-либо намековъ о трансмиссіи, такъ какъ въ ст. 75 ни о какой передачѣ не говорится. Лицо, назначенное наслѣдникомъ въ завѣщаніи и умершее до открытія наслѣдства, никогда не было ни наслѣдникомъ, ни даже призваннымъ къ наслѣдованію; слѣдовательно, о какомъ-либо правѣ такого лица на наслѣдство не можетъ быть рѣчи: его нисходящіе, какъ и въ случаѣ преемства по праву представленія, наслѣдуютъ непосредственно завѣщателю. Они наслѣдуютъ ему по собственному праву въ силу презумпціи, что завѣщатель молчаливо подназначилъ ихъ и къ тому же не лицу, прямо назначенному въ завѣщаніи (нѣчто въ родѣ substitutio quasi pupillaris), а себѣ (substitutio vulgaris). При чемъ, въ случаѣ наслѣдованія по праву представленія, нисходящіе вступаютъ вслѣдствіе призванія на основаніи закона вмѣсто лица, умершаго до открытія наслѣдства, а въ случаѣ о которомъ говоритъ ст. 75 — вслѣдствіе призванія на основаніи предполагаемой воли завѣщателя. Итакъ, ни о какой передачѣ права наслѣдованія по завѣщанію здѣсь не можетъ быть рѣчи, въ противномъ случаѣ можно было бы съ одинаковымъ основаніемъ говорить о трансмиссіи, напримѣръ, когда завѣщаніе сдѣлалось недѣйствительнымъ за отреченіемъ назначеннаго въ немъ наслѣдникомъ лица и насту-

пило наслѣдованіе по закону, чего, однако, повидимому, объясненіями къ проекту не имѣется въ виду.

Отъ разсмотрѣнія понятія трансмиссіи и ея отличія отъ права представленія и субституціи мы перейдемъ къ обозрѣнію ея сперва въ римскомъ, а затѣмъ въ современномъ правѣ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ПРЕЕМСТВО ВЪ ПРИЗВАНІИ ПО РИМСКОМУ ПРАВУ.

Случайный характеръ ненаслѣдственности jus adeundi. — Положеніе Юстиніана.– Уступка права принятія наслѣдства путемъ in jure cessio.

I. Трансмиссія въ случаяхъ юридическаго препятствія къ пріобрѣтенію наслѣдства.—Случаи альтернативнаго примѣненія bonorum possessio decretalis и трансмиссіи: ожиданіе postumus, неизвѣстность о семейномъ состояніи наслѣдодателя, появленіе мнимаго сына. — Непринятіе наслѣдства вслѣдствіе заявленія о подложности завѣщанія. — Transmissio Silaniana. — Transmissio Theodosiana. Смерть до вскрытія завѣщанія, какъ условіе этой трансмиссіи.— Историческая связь lex Theodosiana съ lex Julia et Papia Poppaea.—Значеніе выраженія licet non sint invicem substituti.—Непримѣнимость идеи законной субституціи.—Теорія фикціи пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure. Кругъ лицъ, на которыхъ распространяется lex Theodosiana.—Форма осуществленія трансмиссіи въ случаяхъ юридическаго препятствія къ пріобрѣтенію наслѣдства.

II. Трансмиссія въ случаяхъ фактическаго препятствія къ пріобрѣтенію наслѣдства.—Условія трансмиссіи, осуществляемой путемъ реституціи.—L. 1 C. de rest. mil. 2. 52. — Представляетъ ли это мѣсто случай трансмиссіи?— Значеніе реституціи для трансмиссіи.—Случай, когда фактическое препятствіе къ пріобрѣтенію наслѣдства не лишило призваннаго до самой его смерти права принять наслѣдство. — L. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2. — Выводъ изъ сравненія этого мѣста съ l. 1 C. de rest. mil. — Вопросъ о допущеніи трансмиссіи на основаніи l. 86 pr. у пандектистовъ.

III. Transmissio Justinianea.—Постановленія l. 19 C. de jure delib. и Nov. 158.—Является ли знаніе о призваніи условіемъ transmissio Justinianea?— Вопросъ о срокѣ.—Заключеніе.

Преемство именно въ призваніи не получило въ римскомъ правѣ признанія, выраженнаго въ формѣ общаго по-

ложенія; напротивъ, въ таковой формѣ оно отрицается. Юстиніанъ въ одной изъ своихъ конституцій [1] заявляетъ:

„Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur".

Это положеніе Юстиніана не стоитъ одиноко и имѣетъ свое подтвержденіе и въ конституціяхъ предшествующихъ Юстиніану императоровъ, и въ рядѣ положеній и рѣшеній римскихъ юристовъ. Такъ, императоры Діоклеціанъ и Максиміанъ рѣшили, что наслѣдники одной женщины, умершей въ невѣдѣніи о томъ, что ей открылось наслѣдство послѣ брата, не имѣютъ никакого права на это наслѣдство, такъ какъ manifestum atque evidens est, antequam pro herede gereret vel bonorum possessionem admiserit, defunctam successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere [2]. Подобное же рѣшеніе тѣхъ же императоровъ мы имѣемъ въ l. 4 C. qui admitti 6. 9. [3]. Далѣе мы находимъ подтвержденіе этого положенія у Гая, [4] у Ульпіана [5] и, наконецъ, въ самыхъ мѣстахъ источниковъ, въ которыхъ опредѣленъ тотъ или другой случай трансмиссіи. Итакъ, право принять наслѣдство, jus adeundi, право строго личное, jus personalissimum, по выраженію романистовъ, прекращающееся со смертью своего субъекта. Однако, означенное свойство jus adeundi не вытекаетъ необходимо изъ системы римскаго наслѣдованія. Это право могло не обладать даннымъ свойствомъ и это обстоятельство не вызвало бы никакихъ измѣненій въ принципахъ римскаго наслѣдованія. Поэтому можно сказать, что ненаслѣдственность

---

[1] L. un. § 5 C. de cad. toll. 6. 51.

[2] L. 7 C. de jure delib. 6. 30.

[3] Emancipata si non agnovit intra annum unde liberi bonorum possessionem, nullam ad heredes vindicationem successionis transmittere potuit.

[4] G. 2 § 144; cp. § 2 J. quib. mod. 2. 17.

[5] L. 3 § 7 D. de B. P. 37. 1.

[6] L. 84, l. 86 D. de A. v. O H. 29. 2; l. 4 § 3 D. de B. P. c. t. 37. 4; l. 12 D. de C. E, 37. 10; l. 1 § 1 D. ad sc. Tert. et Orph. 38. 17.

jus adeundi является свойствомъ чисто случайнымъ, чѣмъ отчасти и объясняются многочисленныя отступленія, которыя, въ концѣ концовъ, сдѣлали изъ трансмиссіи общее правило.

На случайность свойства, въ силу котораго jus adeundi исключается изъ наслѣдственнаго имущества, указываетъ между прочимъ, то обстоятельство, что въ классическомъ римскомъ правѣ возможна была уступка legitima hereditas и именно, hereditas delata, sed nondum acquisita путемъ сдѣлки in jure cessio [7]. Собственно призванный къ наслѣдованію по закону не передавалъ или не уступалъ самаго наслѣдства, къ принятію котораго онъ призывается: онъ потому, конечно, этого не могъ сдѣлать, что онъ не имѣлъ наслѣдства въ своемъ имуществѣ, не совершивъ никакого акта, за которымъ слѣдовало бы пріобрѣтеніе наслѣдства; въ самомъ дѣлѣ, въ дѣйствіи цедента отнюдь нельзя видѣть pro herede gestio, такъ какъ пришлось бы считать цедента наслѣдникомъ и, послѣ in jure cessio, въ силу принципа semel heres, semper heres, какъ это и бывало въ случаѣ уступки пріобрѣтеннаго наслѣдства; между тѣмъ въ случаѣ in jure cessio еще непринятаго наслѣдства наслѣдникомъ является лишь пріобрѣтатель наслѣдства чрезъ in jure cessio, и притомъ такъ какъ будто онъ самъ былъ призванъ къ наслѣдованію (ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset). Предметомъ передачи въ послѣднемъ случаѣ можетъ быть только право принять наслѣдство, каковая передача достигается тѣмъ, что путемъ in jure cessio цедентъ уступаетъ именно свое положеніе призваннаго: виндикантъ становится въ его положеніе, и цедентъ ему въ этомъ не препятствуетъ (quo negante aut tacente). Поэтому утвержденіе, будто здѣсь мы имѣемъ случай, когда отчуждаешь то, чего не имѣешь, не

---

[7] G. 2 § 35 и сл.; 3 § 85; Ulp. XIX. 12 и сл.

вѣрно [8]. Виндикантъ, правда, путемъ той же in jure cessio дѣлается наслѣдникомъ, но только потому, что онъ становится въ положеніе цедента, осуществляя правомочіе, вытекающее изъ этого положенія: онъ совершаетъ предоставляемый призванному выборъ, заявляя о томъ въ слѣдующихъ примѣрно выраженіяхъ: „наслѣдство такого-то мое по праву квиритовъ".

Какъ извѣстно, въ классическомъ правѣ положеніе призваннаго по завѣщанію не могло быть предметомъ уступки путемъ in jure cessio. Но такое ограниченіе передачи jus adeundi не имѣетъ ничего общаго съ вопросомъ о личномъ характерѣ этого права, и легко объясняется той цѣлью, которая преслѣдуется въ случаѣ передачи путемъ in jure cessio права наслѣдованія по закону. Цѣль же эта состоитъ въ томъ чтобъ умершій не остался безъ наслѣдника. Фактъ непринятія наслѣдства, открытаго на основаніи завѣщанія, не дѣлаетъ еще наслѣдства выморочнымъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ открывается наслѣдованіе по закону, но если въ послѣднемъ случаѣ лицо, призываемое по закону, откажется отъ наслѣдства, наслѣдодатель останется безъ наслѣдниковъ, ибо in legitimis hereditatibus successio non est. Вотъ этому результату призвана противодѣйствовать фикція, что дѣйствительный delatus не цедентъ, а виндикантъ. Итакъ, въ классическомъ правѣ jus adeundi могло быть предметомъ преемства между живыми, что указываетъ какъ на то, что преемство въ jus adeundi вовсе не чуждо духу римскаго права, такъ и на то, что нельзя объяснять уничтоженіе jus adeundi со смертью его субъекта природой этого права.

Что недопустимость successio in delationem необходимо вытекаетъ изъ духа римскаго права, пытался доказать Steppes [9], исходя изъ различія между sui heredes и extranei heredes.

---

[8] Huschke, Studien des Römischen Rechts. I, стр. 233, 234.
[9] Die Transmission der Erbschaft, стр. 20 и сл.

Sui heredes—сотрудники наслѣдодателя при жизни его въ представительствѣ семьи, по смерти его они продолжаютъ представительство семьи и, такимъ образомъ, являются естественными и вмѣстѣ съ тѣмъ необходимыми наслѣдниками. Напротивъ, heres extraneus чуждъ какъ наслѣдодателю, такъ и наслѣдству. Слѣдовательно, право, которое получаетъ extraneus черезъ delatio, является въ высшей степени личнымъ и съ его смертью прекращается: такъ какъ extraneus дѣлается наслѣдникомъ не силою вещей, а будучи призваннымъ къ наслѣдованію по произволу закона или завѣщателя, то только онъ одинъ можетъ отозваться на этотъ призывъ, и никто другой за него. Однако, внутренняя связь семейныхъ отношеній, о которой говоритъ Steppes, нисколько не помѣшала существованію въ римскомъ правѣ jus abstinendi у suus, благодаря которому suus имѣетъ выборъ или se immiscere въ наслѣдство и окончательно остаться наслѣдникомъ или se abstinere и перестать, во всякомъ случаѣ de facto, быть наслѣдникомъ, возможность каковаго выбора переходитъ къ его преемникамъ, въ случаѣ если онъ умретъ, не совершивъ выбора. Съ другой стороны, особенность положенія heres extraneus нисколько не помѣшала, какъ мы выше видѣли, возможности преемства въ призваніи черезъ in jure cessio.

Равно и общія соображенія, не имѣющія въ виду особенностей римской системы наслѣдованія [10], врядъ ли могутъ указать на раціональность правила, не допускающаго трансмиссіи, иначе можно былобы ожидать, что они не остались бы безъ вліянія на прочія законодательства, въ которыхъ, подобно римскому праву для extranei, delatio и aditio не являются слитыми въ одномъ моментѣ, но именно эти законодательства держатся противоположнаго принципа.

Если правило, не допускающее трансмиссію въ рим-

---

[10] См., напр., Dernburg, P. III, § 165, 2-й абзацъ.

скомъ правѣ, не объясняется ни общими соображеніями, ни духомъ или особенностями римскаго наслѣдованія, то, напротивъ, отступленія отъ этого правила и принципіальное допущеніе трансмиссіи въ законодательствахъ, только что упомянутыхъ, легко объясняются соображеніями справедливости и стремленіемъ избавить наслѣдниковъ отъ того зла, которое легко можетъ имѣть мѣсто при отсутствіи трансмиссіи въ случаѣ смерти призваннаго, не знавшаго о томъ, что ему открылось наслѣдство, или не успѣвшаго воспользоваться своимъ jus deliberandi [11].

Съ момента открытія наслѣдства, у призваннаго есть нѣчто болѣе, чѣмъ то простое ожиданіе, или та надежда, какія у него могли быть до смерти наслѣдодателя или даже до момента призванія: ему предлагается имущество, пріобрѣсти которое зависитъ лишь отъ его воли; сдѣлать это имущество своимъ не только его право, но отъ него лишь и зависитъ; опредѣляя это право неспособнымъ къ переходу по наслѣдству, законъ искусственно дѣлаетъ его особенно проблематичнымъ: отъ случайности призванный къ наслѣдованію лишается возможности передать своимъ наслѣдникамъ вмѣстѣ со своимъ наслѣдствомъ не только самое наслѣдство, къ коему онъ призывался, но и право пріобрѣсти это наслѣдство. Римскіе юристы, несмотря на принципіальное отрицаніе трансмиссіи, были чутки къ этому злу, и помощь наслѣдникамъ призванныхъ осуществлялась не только допущеніемъ въ томъ или другомъ случаѣ трансмиссіи, но и предоставленіемъ bonorum possessio decretalis. Эти случаи, въ которыхъ призваннымъ предоставляется possessio decretalis съ означенной цѣлью, и которые являются вмѣстѣ съ тѣмъ и случаями трансмиссіи, составятъ предметъ нашего ближайшаго разсмотрѣнія.

---

[11] Dernburg, ibid. 3-й абзацъ.

I.

Въ дигестахъ имѣется слѣдующій отрывокъ изъ Quaestiones Папиніана.

L. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2. (Papinianus libro 16 quaestionum).

Ventre praeterito si filius qui fuit (suus vel) emancipatus aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. Sed si vacuo ventre mulier fuit et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intellegitur: emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia, sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Приведенное мѣсто имѣетъ въ виду два случая: случай, когда умершій оставилъ дѣйствительно беременную вдову, обойдя молчаніемъ въ своемъ завѣщаніи ожидавшагося postumus, и случай, когда умершій, равно не упомянувъ въ своемъ завѣщаніи о postumus, оставилъ лишь мнимо-беременную вдову. На первомъ случаѣ останавливается также Павелъ въ своихъ комментаріяхъ къ преторскому эдикту.

L. 4 § 3 D. de B. P. c. t. 37. 4. (Paulus libro 41 ad edictum).

Si quis eum qui in utero est praetermiserit, etiam nondum nato eo alius qui heres institutus est

bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus: ut et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

Какъ извѣстно, пока существуетъ возможность наслѣдовать по завѣщанію, наслѣдованіе по закону не открывается. Если же въ завѣщаніи postumus, коимъ беременна вдова завѣщателя, ни назначенъ наслѣдникомъ, ни лишенъ наслѣдства, то до опредѣленія исхода беременности равно не открывается наслѣдство по завѣщанію, такъ какъ до этого момента неизвѣстно, будетъ ли дѣйствительно завѣщаніе, или нѣтъ [12]. Такимъ образомъ, не только exter, но и сынъ, котораго Павелъ разумѣетъ подъ выраженіемъ alius qui heres institutus est [13], не можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ ни на основаніи закона, ни на основаніи завѣщанія и рискуетъ, въ случаѣ смерти своей до того момента, когда рѣшится вопросъ о postumus, не только лишиться наслѣдства, которое онъ, во всякомъ случаѣ, долженъ былъ получить, родился или не родился у него братъ, но и не оставитъ права наслѣдованія въ немъ своимъ наслѣдникамъ (nihil heredi suo relinquere). Во избѣжаніе этой „iniquitas" сынъ можетъ получить bonorum possessio contra tabulas, и, именно, какъ видно изъ l. 84 (Pa-

---

[12] Съ рожденіемъ обойденнаго postumus завѣщаніе rumpitur и наступаетъ наслѣдованіе по закону; если не родится postumus, то завѣщаніе остается въ силѣ, и наступаетъ наслѣдованіе на основаніи его.

[13] Что подъ alius Павелъ, дѣйствительно, разумѣетъ именно сына, явствуетъ изъ того, что Павелъ предполагаетъ, что этотъ alius contra tabulas peti potest, если бъ praeteritus родился; а contra tabulas peti при этихъ условіяхъ могъ только сынъ; ср. Buchholtz, Juristische Abhandlungen стр. 65; Leist, Glück's Commentar, Serie der Bücher 37 и 38 II, стр. 202.

pinianus), decretalis, beneficium каковой bonorum possessio въ случаѣ его смерти переходитъ къ его наслѣдникамъ.

Павелъ замѣчаетъ, что bonorum possessio decretalis всего необходимѣе именно эманципированному сыну, qui nec hereditatem interim adire potest, между тѣмъ какъ Папиніанъ въ этомъ смыслѣ не дѣлаетъ никакой разницы между filius emancipatus и suus. Павелъ своимъ замѣчаніемъ имѣлъ въ виду положеніе suus heres, назначеннаго въ завѣщаніи наслѣдникомъ ex asse и не имѣющаго себѣ субститута; сравнивая положеніе этого suus съ положеніемъ filius emancipatus, онъ совершенно послѣдовательно приходитъ къ заключенію, что maxime necessarium est in filio emancipato и т. д. Дѣло въ томъ, что suus, будучи въ положеніи единственнаго наслѣдника по завѣщанію и при этомъ безъ субститута и умирая до рѣшенія вопроса о postumus, дѣлаетъ завѣщаніе недѣйствительнымъ, destitutum, слѣдовательно, умирая, становится наслѣдникомъ по закону (ipso jure въ качествѣ suus), независимо отъ того, родится или нѣтъ postumus; въ первомъ случаѣ будетъ два законныхъ наслѣдника, два sui heredes; въ послѣднемъ будетъ считаться, что въ моментъ своей смерти онъ былъ suus heres ex asse. Въ обоихъ случаяхъ его наслѣдники получаютъ въ его имуществѣ и то, что онъ онъ получилъ въ моментъ своей смерти въ качествѣ suus heres [14]. Папиніанъ же имѣлъ въ виду случай, когда или suus является не единственнымъ наслѣдникомъ по завѣщанію, или ему назначенъ субститутъ. Въ этомъ случаѣ положеніе его такое же, что и положеніе filius emancipatus: умирая до рѣ-

[14] L. 16 D. de lib. et post. 28. 2. (Africanus libro 4 quaestionum). Si filius heres institutus sit omisso postumo... si nemo filio substitutus sit et solus ipse institutus sit, tunc quia eo tempore, quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existet Buchholtz, уп. соч. стр. 65; Leist, Glück's Commentar. стр. 191, прим. 8, стр. 204.

шенія вопроса о postumus, онъ не дѣлаетъ завѣщаніе недѣйствительнымъ и безъ bonorum possessio decretalis онъ, какъ и эманципированный сынъ, лишенъ наслѣдства, которое долженъ былъ во всякомъ случаѣ получить.

Означенная bonorum possessio decretalis дается сыну именно въ интересахъ его наслѣдниковъ: ut si ante moriatur (filius), какъ говоритъ Павелъ, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Beneficium заключается въ томъ, что наслѣдники сына имѣютъ получить наслѣдство послѣ него въ томъ составѣ, въ которомъ оно находилось бы при условіи, если бы вопросъ о postumus былъ бы рѣшенъ при жизни ихъ наслѣдодателя; послѣдній въ такомъ случаѣ наслѣдовалъ бы своему отцу, смотря по обстоятельствамъ, на основаніи завѣщанія или закона.

Впрочемъ, bonorum possessio decretalis въ случаѣ pleno ventre является болѣе либеральной мѣрой, нежели трансмиссія, обезпечивая наслѣдникамъ сына полученіе того наслѣдства, къ коему сынъ еще не призывался. Напротивъ, примѣняемая въ случаѣ vacuo ventre, о которомъ Папиніанъ также упоминаетъ, bonorum possessio decretalis, какъ и трансмиссія, имѣетъ въ виду наслѣдниковъ призваннаго: тутъ отсутствуетъ обстоятельство, которое въ первомъ случаѣ (pleno ventre) мѣшало открытію наслѣдованія какъ по закону, такъ и по завѣщанію. Слѣдовательно, съ момента смерти наслѣдодателя открывается для filius emancipatus наслѣдство по завѣщанію, зналъ ли послѣдній или нѣтъ о дѣйствительномъ положеніи вдовы [15]. Тѣмъ не менѣе, несмотря на свое призваніе filius emancipatus не можетъ совершить aditio, если онъ не знаетъ о дѣйствительномъ поло-

---

[15] Что касается filius suus, то былъ ли онъ назначенъ одинъ наслѣдникомъ, или нѣтъ, онъ съ момента смерти наслѣдодателя уже наслѣдникъ, и поэтому самая B. P. decr., разумѣется, излишня.

женіи вдовы; иначе говоря, незнаніе о томъ, что онъ призывается къ наслѣдованію, является для filius emancipatus препятствіемъ къ aditio. Очевидно, что если онъ умретъ хотя бы въ положеніи призваннаго прежде, чѣмъ узнаетъ что vacuo ventre mulier fuit, то въ силу принципа hereditas non adita non transmittitur наслѣдники очутятся въ томъ же положеніи, въ какомъ они были бъ и въ случаѣ pleno ventre. Папиніанъ не говоритъ прямо въ вышеприведенномъ отрывкѣ, что и въ этомъ случаѣ можетъ быть предоставлена filio emancipato bonorum possessio decretalis, но возможность предоставленія таковой въ данномъ случаѣ несомнѣнна, такъ какъ фактъ delatio, которымъ этотъ случай отличается отъ перваго, является условіемъ скорѣе благопріятствующимъ для предоставленія означенной bonorum possessio. Здѣсь, какъ мы выше упомянули, bonorum possessio decretalis достигаетъ именно той цѣли (т.-е. обезпеченія наслѣдства, къ коему призывается наслѣдодатель, его наслѣдникамъ), которая преслѣдуется трансмиссіей, но ею осуществляется въ другой формѣ. Впрочемъ, и въ этомъ случаѣ bonorum possessio decretalis нельзя разсматривать какъ мѣру противъ отсутствія successio in delationem; она есть лишь частное примѣненіе той мѣры, задача которой—закрѣпить за дѣтьми то наслѣдство, которое, хотя бы еще не открытое ихъ отцу, должно было бы во всякомъ случаѣ ему достаться.

Исключительно съ той цѣлью, какую имѣетъ трансмиссія, bonorum possessio decretalis имѣетъ мѣсто въ слѣдующемъ случаѣ, о которомъ говорится въ одномъ отрывкѣ, принадлежащемъ Ульпіану.

L. 1 § 1 D. ad sc. Tert. et Orph. 38.17 (Ulpianus libro 12 ad Sabinum).

Si ea sit mater, de cujus statu dubitatur, utrum mater familias sit an filia familias, ut puta quoniam pater ejus ab hostibus captus sit: si certum esse

coeperit matrem familias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant: et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.

Какъ видно изъ приведеннаго мѣста, дѣло идетъ о наслѣдствѣ женщины, filia familias, объ отцѣ которой, находящемся въ плѣну, неизвѣстно, живъ ли онъ еще, или умеръ. Наслѣдованія по римскому древнему и классическому праву послѣ personae alieni juris и въ частности послѣ лицъ, находившихся при смерти своей in patria potestate, не можетъ быть, такъ какъ за ними юридически не признавалось никакого имущества; все, что они имѣли или пріобрѣтали, принадлежало ихъ домовладыкѣ (pater familias), и этотъ принципъ, какъ извѣстно, постепенно ограничиваемый въ позднѣйшій императорскій періодъ въ пользу лицъ, in patria potestate находящихся, сохранился вполнѣ лишь по отношенію къ peculium profecticium. Слѣдовательно, если бъ отецъ этой женщины не былъ въ плѣну, то о наслѣдованіи послѣ нея не могло бы быть и рѣчи; равно не можетъ быть рѣчи о наслѣдованіи послѣ нея, пока ея отецъ въ плѣну, такъ какъ онъ, въ случаѣ своего освобожденія, будетъ считаться въ силу jus postliminii, какъ будто онъ никогда не былъ въ плѣну [16]. Со смертью же отца въ плѣну, безразлично до или послѣ дочери онъ умеръ [17], дочь считается умершей въ качествѣ persona

---

[16]... Postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse... § 5 J. quib. mod. jus. 1. 12.

[17] Безразлично потому, что умершій въ плѣну, во всякомъ случаѣ, считается умершимъ въ моментъ плѣненія, т.-е. римскимъ гражданиномъ: is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. Ulpianus libro 35 ad Sabinum. L. 18 D. de capt. 49. 15; l. 12 § 1; l. 22 § 2 D. eod; l. 12 D. qui test. 28. 1; ср. Ulp. XXIII. 5.

sui juris [18], и, слѣдовательно, въ самый моментъ ея смерти будетъ считаться открытымъ наслѣдство послѣ нея. Тѣмъ не менѣе призываемыя къ наслѣдованію послѣ нея лица не могутъ принять наслѣдства, въ виду незнанія ихъ о томъ, вернется ли ея отецъ изъ плѣна, или нѣтъ. Положеніе ихъ подобно положенію въ случаѣ мнимой беременности, о которомъ только что была рѣчь [19]. Тутъ и тамъ наслѣдованіе открыто, имѣется призваніе, но призванные не могутъ, не зная о своемъ призваніи, отвѣтить на призывъ [20], а наслѣдники призванныхъ такъ и не получатъ въ ихъ имуществѣ того наслѣдства, къ коему эти послѣдніе призывались. Ульпіанъ, имѣя въ виду именно дѣтей (liberi), призываемыхъ къ наслѣдованію послѣ матери, рѣшаетъ согласно уже существовавшей практикѣ (ut in multis casibus placuit), что таковымъ должна быть оказана помощь со стороны претора (succurri per praetorem debeat и притомъ для того, какъ и въ ll. 84 и 3 § 4, ne si medio tempore decesserint nihil ad heredem transmittant), т.-е. что дѣтямъ слѣдуетъ, какъ правильно толкуетъ господ-

---

[18] Si vero ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur § 5 J. quib. mod. jus 1. 12. При Гаѣ былъ вопросъ, utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est... G 1. 129.

[19] Leist Glück's Comm. стр. 214 и сл.

[20] Schröder, Ueber die s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis. Iher. Jahrb. XV, стр. 428, замѣчаетъ, что нѣтъ никакого основанія разсматривать незнаніе въ разбираемомъ нами здѣсь случаѣ, какъ субъективное незнаніе. Но, во всякомъ случаѣ, именно субъективное незнаніе является препятствіемъ, если отецъ въ плѣну умеръ раньше дочери; если же онъ умеръ въ плѣну послѣ дочери, то исходить съ точки зрѣнія объективной неизвѣстности потому нельзя, что, благодаря fictio legis Corneliae, вопросъ сводится къ тому: умерла ли данная женщина въ качествѣ persona sui juris, а это можно узнать потому, вернется ли изъ плѣна отецъ, или умретъ въ плѣну; если вернется, то она тогда, въ моментъ своей смерти, была filia familias; если отецъ умретъ въ плѣну хотя бы много позже дочери, послѣдняя была тогда, во время своей смерти, sui juris. Итакъ, вопросъ о возвращеніи отца есть вопросъ не о томъ, будетъ ли дочь призвана, а призвана ли она уже.

possessio decretalis могутъ пользоваться всѣ тѣ, которые въ случаѣ, если бъ умершая была дѣйствительно mater familias, явились бы призванными по закону. Допустить же, что на bonorum possessio decretalis имѣютъ въ силу l. 1 § 1 cit. право лишь дѣти, привело бы насъ къ утвержденію, что sc. Orphitianum имѣло въ виду не только возвести дѣтей mater familias въ категорію лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію по закону, но и создать этимъ призываемымъ въ классѣ unde legitimi особое привилегированное положеніе, чего, конечно, не имѣли въ виду ни sc. Orphitianum, ни его комментаторы. Потому же трудно согласиться и съ мнѣніемъ Schröder, который въ противоположность Windscheid слишкомъ узко толкуетъ l. 1 § 1 cit. Schröder [26], проводя аналогію между случаемъ, о которомъ говоритъ l. 1 § 1 cit., и случаями, когда призваннымъ является тотъ, кто долженъ во всякомъ случаѣ получить наслѣдство, дѣлаетъ различіе среди эвентуальныхъ наслѣдниковъ по закону, между тѣми, которые являются необходимыми наслѣдниками, и тѣми, которые таковыми не являются, и лишь за первыми признаетъ право на bonorum possessio decretalis; слѣдовательно, лишь за нисходящими и восходящими, но уже не за братьями и сестрами, такъ какъ они только условно являются необходимыми наслѣдниками. Помимо того, что самый текстъ l. 1 § 1 cit. не представляетъ никакихъ основаній къ такому толкованію, послѣднее не оправдывается и упомянутою аналогіей, которая является совершенно произвольной. Въ самомъ дѣлѣ, относительно liberi того de cujus statu dubitatur не извѣстно, призываются ли они, или нѣтъ; между тѣмъ, какъ filius emancipatus въ l. 84 cit. призывается во всякомъ случаѣ къ наслѣдованію; какъ было выше сказано, извѣстно, что онъ призывается или будетъ призванъ, но не извѣстно лишь основаніе призванія; потому-то именно, что онъ во

---

[26] Schröder, стр. 429, 430.

всякомъ случаѣ призывается или будетъ призванъ, дается ему bonorum possessio decretalis, а не потому, что онъ въ качествѣ filius—необходимый наслѣдникъ. Отождествлять же положеніе filius emancipatus, въ этомъ случаѣ, съ положеніемъ необходимаго наслѣдника значитъ извращать понятіе института, созданнаго въ цѣляхъ нѣкотораго ограниченія произвола завѣщателя: необходимый наслѣдникъ не есть лицо, имѣющее во всякомъ случаѣ быть наслѣдникомъ или быть призваннымъ къ наслѣдованію, а лицо, которое наслѣдодатель можетъ устранить отъ наслѣдованія лишь при наличности извѣстныхъ къ тому основаній [27].

Разсмотрѣнные случаи bonorum possessio decretalis интересны для насъ, однако, не только какъ случаи косвеннаго противодѣйствія послѣдствіямъ принципа недопустимости трансмиссіи, но и какъ случаи отмѣны самого этого принципа.

Непосредственно за l. 4 § 3 D. de B. P. c. t. 37.4, приведеннымъ выше въ связи съ разборомъ l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2, слѣдуетъ отрывокъ, взятый изъ Дигестъ Юліана и составившій содержаніе l. 5 того же титула (de B. P. c. t. 37.4). Этотъ отрывокъ ни по формѣ, ни по содержанію не представляетъ чего-либо цѣльнаго, законченнаго, а такъ и

---

[27] Krause (стр. 59 и 60, ср. со стр. 49) полагаетъ, что то обстоятельство, что Ульпіанъ въ l. 1 § 1 cit. говоритъ лишь о liberi, не имѣетъ для позднѣйшаго права никакого значенія потому именно, что Константинъ въ l. 9 C. qui admitti. 6. 9 вообще разрѣшаетъ такую предварительную bonorum possessio. Такой взглядъ основывается на неправильномъ пониманіи означенной l. 9. Эта конституція ничего не говоритъ о bonorum possessio decretalis, но зато она говоритъ, между прочимъ, о томъ именно, что заявленіе въ судебномъ порядкѣ о принятіи наслѣдства, совершенное лицомъ, которое призывается лишь въ случаѣ, если предшествующее лицо non agnoscit, не требуетъ своего возобновленія, когда очередь призванія дойдетъ до автора заявленія. См. напр. Windscheid. P. § 597, текстъ къ прим. 2 и само примѣчаніе.

остался отрывкомъ, выхваченнымъ изъ неизвѣстнаго намъ положенія Юліана. Въ немъ сказано о какихъ-то лицахъ, что если они и умрутъ прежде, чѣмъ испросятъ себѣ bonorum possessio, то будетъ справедливостью со стороны претора сохранить за ихъ наслѣдниками блага bonorum possessionis secundum tabulas или contra tabulas:

L. 5 D. de B. P. c. t. 37. 4 (Julianus libro 24 digestorum).

Sed et si decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum praetorem decernere heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas vel contra tabulas.

О комъ именно говоритъ здѣсь Юліанъ, какой именно случай онъ имѣетъ въ виду, почему преторъ долженъ decernere heredibus salvum fore commodum и т. д., на все это въ данномъ отрывкѣ нѣтъ отвѣта. Но, конечно, все дѣло мѣняется, если мы прочтемъ это мѣсто въ связи съ l. 4 § 3 того же титула Дигестъ, за которымъ непосредственно слѣдуетъ только что приведенная l. 5. L. 4 § 3 принадлежитъ Павлу и говоритъ, какъ мы видѣли выше, о томъ, что если завѣщатель ventre praeterito назначилъ наслѣдникомъ сына своего (suus или emancipatus), то на случай, что назначенный въ завѣщаніи могъ умереть до рѣшенія вопроса о postumus, ему преторомъ дается bonorum possessio decretalis, дабы онъ, въ случаѣ своей смерти, могъ передать beneficium таковой possessio своимъ наслѣдникамъ. Но и если, непосредственно за симъ говорится въ l. 5, они, т.-е. какъ видно изъ l. 4 § 3, filius suus или emancipatus, назначенные въ завѣщаніи, умрутъ, даже не испросивши bonorum possessio, и именно, какъ видно опять изъ l. 4 § 3, decretalis, то наслѣдникамъ ихъ предоставляется совершить agnitio bonorum possessionis, смотря по

обстоятельствамъ secundum или contra tabulas, слѣдовательно, получить bonorum possessio edictalis [28].

Итакъ, l. 5 устанавливаетъ случай трансмиссіи. Прежде всего бросается въ глаза то обстоятельство, что трансмиссія въ случаяхъ, о которыхъ говоритъ l. 4 § 3, не вызывается крайней необходимостью, такъ какъ здѣсь filius не былъ лишенъ возможности получить bonorum possessio decretalis, обезпечивающую его наслѣдниковъ. За симъ l. 5, заключая въ себѣ отрывокъ изъ сочиненія Юліана, вызываетъ тѣмъ самымъ недоумѣніе. Дѣло въ томъ, что Юліанъ жилъ ранѣе Ульпіана и Папиніана, а между тѣмъ случай трансмиссіи, о которомъ говоритъ Юліанъ, повидимому, совершенно неизвѣстенъ ни Ульпіану, ни Папиніану (l. 84 D. de A. v. O. H.), иначе не имѣло бы смысла для нихъ рѣшать вопросъ о защитѣ интересовъ наслѣдниковъ filius, когда этотъ вопросъ уже рѣшенъ былъ еще во времена Юліана. Несмотря на всѣ попытки въ литературѣ разъяснить загадку, которую представляетъ собою l. 5, дѣло разъясненія ея не подвинулось впередъ и, какъ вѣрно замѣчаетъ Krause [29], не двинется. Въ l. 5, въ сущности, ничего не сказано; здѣсь мы имѣемъ дѣло, повторяемъ, съ отрывкомъ положенія, которое для насъ не сохранилось, съ нѣкоторою совокупностью словъ, которая понадобилась составителямъ Дигестъ для присоединенія къ l. 4 § 3, чтобы выразить то, что они хотѣли высказать; иначе говоря, компиляторы воспользовались текстомъ двухъ отрывковъ, принадлежащихъ разнымъ юристамъ, дабы высказать положеніе не содержащееся ни въ первомъ, ни, можетъ-быть,

---

[28] Наслѣдники со смертью filius не получаютъ непосредственно въ его имуществѣ и наслѣдства его отца, а лишь право пріобрѣсти таковое. Leist основательно указываетъ, что Юліанъ говоритъ: salvum fore, слѣдовательно, agnitio bonorum possessionis contra tabulas или secundum tabulas еще предстоитъ; его соч., стр. 227 и слѣд.

[29] Krause, стр. 51.

во второмъ отрывкѣ. Такимъ образомъ, достовѣрно одно, что опредѣленіе случая трансмиссіи въ l. 5, хотя бы и словами Юліана, принадлежитъ компиляторамъ. Этимъ мы не хотимъ, однако, утверждать, что до 533 года трансмиссія въ указанномъ въ l. 5 случаѣ не существовала; на основаніи вышесказаннаго мы приходимъ лишь къ заключенію, что 1) упоминаніе о ней принадлежитъ компиляторамъ и 2) l. 5 не представляетъ никакихъ данныхъ для какихъ-либо заключеній хронологическаго содержанія.

Обращаясь къ условіямъ примѣненія трансмиссіи на основаніи l. 5 и принимая во вниманіе, что l. 5 имѣетъ въ виду (по волѣ компиляторовъ) случаи, о которыхъ говоритъ l. 4 § 3, мы приходимъ къ заключенію, что примѣненіе трансмиссіи на основаніи l. 5 совершается при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ filius въ l. 4 § 3 имѣетъ право на bonorum possessio decretalis. Но при этомъ могутъ насъ спросить, дѣйствительно ли l. 5 устанавливаетъ случай трансмиссіи въ смыслѣ преемства въ правѣ принятія открывшагося наслѣдства? L. 5, касаясь именно случая, предусматриваемаго l. 4 § 3, т.-е. случая plenus venter, тѣмъ самымъ, казалось бы, имѣетъ въ виду не случай дѣйствительной трансмиссіи, такъ какъ при plenus venter praeteritio въ завѣщаніи является препятствіемъ не только къ aditio или agnitio, но и къ самой delatio, какъ ex testamento, такъ и ab intestato. Слѣдовательно, назначенный въ завѣщаніи сынъ, умирая до рожденія, postumus, умираетъ не какъ delatus, а въ томъ положеніи, въ какомъ онъ былъ бы умирая до смерти завѣщателя. Поэтому о переходѣ jus adeundi къ его наслѣдникамъ не можетъ быть рѣчи уже не потому, что это право чисто личное, а потому что у него въ моментъ смерти этого права не было. Однако, утвержденіе, напр., Marezoll [30], что здѣсь мы имѣемъ случай трансмиссіи еще не

[30] см. Marezoll, стр. 56, 62 сл.; Göring, стр. 153.

открытаго наслѣдства, неправильно. Благодаря именно возможности для сына получить на основаніи l. 4 § 3 cit. bonorum possessio decretalis, положеніе его не можетъ быть уподоблено тому, въ какомъ онъ находился бы до смерти наслѣдодателя: отъ сына зависитъ закрѣпить за собою, за своими наслѣдниками данное наслѣдство, а какъ извѣстно delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi [31]; возможность же получить наслѣдство не прекращается, благодаря l. 5 cit., со смертью сына, но переходитъ въ видѣ права на agnitio bonorum possessionis edictalis къ его наслѣдникамъ, что и составляетъ трансмиссію въ настоящемъ ея значеніи [32]. L. 5 имѣетъ въ виду, какъ было уже замѣчено, непосредственно случай, предусматриваемый l. 4 § 3, именно случай plenus venter, но не можетъ быть никакого сомнѣнія, что l. 5 имѣетъ свое примѣненіе и въ случаѣ vacuus venter (аргументъ a fortiori), о которомъ говоритъ приведенная выше l. 84 D. de A. v. O. H. 29 (Papinianus).

Что же касается l. 1 § 1 D. ad sc. Tert. 38.17, то въ немъ вопросъ о трансмиссіи не затронутъ. Тѣмъ не менѣе допустимость трансмиссіи тутъ, по правильному утвержденію Schröder [33], не должна подлежать сомнѣнію. Bonorum possessio decretalis и въ l. 4 § 3 съ l. 84 и въ l. 1 § 1 дается исключительно въ интересахъ наслѣдниковъ того, кто получаетъ таковую: въ l. 4 § 3, напримѣръ, мотивъ выраженъ такъ: ut et si ante moriatur bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat; почти тоже выраженіе мы имѣемъ и въ l. 1 § 1: ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant. Правда, что субъектъ bonorum possessio decretalis въ l. 4 § 3,

---

[31] l. 151 D. de V. S. 50. 16.

[32] Cp. Mayer, Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römischen Rechte, 1840, § 113, пр. 3, стр. 311.

[33] Schröder, стр. 428.

и l. 84 въ отличіе отъ liberi matris de cujus statu dubitatur долженъ во всякомъ случаѣ получить наслѣдство, но это различіе не помѣшало предоставленію bonorum possessio decretalis въ случаѣ, который предусмотрѣнъ въ l. 1 § 1, и если эта bonorum possessio исключительно обезпечиваетъ интересы наслѣдниковъ управомоченнаго на нее, то спрашивается, почему для трансмиссіи, имѣющей въ виду исключительно интересы тѣхъ же наслѣдниковъ, означенное различіе должно быть роковымъ, когда оно не имѣетъ такого вліянія для bonorum possessio decretalis? Наконецъ, l. 84 главнымъ образомъ, а l. 4 § 3 исключительно имѣютъ въ виду случай plenus venter. Этотъ случай самъ по себѣ представляетъ менѣе благопріятныя данныя для bonorum possessio decretalis, чѣмъ случай l. 1 § 1; въ послѣднемъ идетъ рѣчь объ открывшемся наслѣдствѣ, которое преторъ обезпечиваетъ въ пользу наслѣдниковъ призваннаго; въ первомъ же случаѣ (plenus venter)—о наслѣдствѣ, которое даже еще не открывалось, и если бы лицо, которому еще только должно открыться наслѣдство, не должно было его получить во всякомъ случаѣ, то, какъ прямо указывается въ l. 84 (decreto filio succurrendum est quia, sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est) о bonorum possessio decretalis въ случаѣ plenus venter не могло быть и рѣчи. Въ этомъ и заключается все значеніе условія qui alterutro casu omnimodo habiturus est, излишняго для случая l. 1 § 1: это условіе призвано замѣнить недостающее условіе открытія наслѣдства [34].

[34] Mayer § 113 пр. 24, стр. 320 замѣчаетъ, что предоставленіе bonorum possessio decretalis еще не влечетъ необходимо допущенія трансмиссіи въ случаѣ, если agnitio означенной possessio не имѣла мѣста: это совершенно вѣрно, но дѣло въ томъ, что если, какъ мы выше указали, мотивы bonorum possessio decretalis тѣ же и въ l. 84 съ l. 3 § 4 и въ l. 1 § 1, то естественно предположить, что эти же мотивы, явившіеся основаніемъ для трансмиссіи въ одномъ случаѣ, являются основаніемъ ея же въ другомъ случаѣ. По примѣру Mayer и подъ вліяніемъ приведеннаго его довода высказался отрицательно о трансмиссіи въ l. 1 § 1 и Krause (стр. 59).

Возможность распространенія положенія, содержащагося въ l. 5 D. de B. P. c. t. 37.4 на случай, о которомъ говорится въ l. 1 § 1 D. de sc. Tert., становится очевидной также изъ сравненія l. 1 § 1 cit. съ l. 12 D. de C. E. 37.10, представляющей собою слѣдующій отрывокъ изъ тѣхъ же Quaestiones Папиніана, къ коимъ принадлежитъ и l. 84 cit.

L. 12 D. de C. E. 37. 10. (Papinianus libro 14 quaestionum).

Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subjectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi secundum tabulas interim accipere non potest. Quod si medio tempore scriptus vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit: quid enim, si non potuerunt adire hereditatem jure cessante vel ob litem in dubio constituti?

Въ этомъ отрывкѣ, содержащемъ новый случай трансмиссіи, Папиніанъ прежде всего указываетъ на то, что съ испрошеніемъ малолѣтнимъ (impubes) лицомъ bonorum possessio по классу unde liberi въ качествѣ сына наслѣдодателя (каковое качество, однако, оспаривается), лица, назначенныя въ завѣщаніи наслѣдниками, равно какъ въ случаѣ если бъ не было завѣщанія, и родственники, призываемые въ классѣ, ближайшемъ за классомъ unde liberi [33], не могутъ получить bonorum possessio.

Дѣйствительно, datio bonorum possessionis имѣетъ мѣсто въ пользу лица ближайшаго класса и притомъ contra tabulas, если имѣется завѣщаніе, нарушающее право необходимаго наслѣдника, каковымъ наслѣдникомъ является filius

---

[33] Scriptus heres... exemplo legitimi secundum tabulas... accipere non potest. Ср. Schröder стр. 432, 433.

impubes qui subjectus dicitur. Что касается того обстоятельства, что происхожденіе impubes отъ наслѣдодателя оспаривается, то оно имѣетъ, между прочимъ, то послѣдствіе, что по тщательномъ (diligentissime) изслѣдованіи претора, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis [36], судебное разбирательство спора о состояніи можетъ быть отсрочено до достиженія impubes зрѣлости.

Эта отсрочка, и даже не только отсрочка, но и самый фактъ испрошенія мнимымъ сыномъ bonorum possessio, временно препятствующій полученію таковой означенными лицами, могутъ оказаться роковыми, какъ для самихъ этихъ лицъ въ случаѣ ихъ смерти до рѣшенія спора о состояніи, такъ въ томъ же случаѣ и для ихъ наслѣдниковъ, которые со смертью ихъ лишатся того наслѣдства, къ коему призывались ихъ наслѣдодатели. Во избѣжаніе означеннаго послѣдствія для наслѣдниковъ, призванныхъ въ случаѣ преждевременной смерти призванныхъ, Папиніанъ и рѣшаетъ въ такихъ же выраженіяхъ въ какихъ онъ это дѣлаетъ въ l. 84 cit, что надлежитъ придти на помощь наслѣдникамъ (heredibus eorum succurrendum erit).

Итакъ, преждевременная смерть призванныхъ въ случаѣ, когда объявится subjectus filius, который испроситъ себѣ bonorum possessio (edictalis), не лишаетъ ихъ наслѣдниковъ права принять то наслѣдство, къ коему первые призывались.

Въ данномъ рѣшеніи Папиніана заключается одна особенность, которая не встрѣчается въ выше разсмотрѣнныхъ случаяхъ. Папиніанъ здѣсь говоритъ о помощи вообще наслѣдникамъ тѣхъ призванныхъ, которые не могли получить bonorum possessio, такъ какъ таковую испросилъ мнимый сынъ, и умерли до разъясненія вопроса о томъ, дѣйстви-

---

[36] l. 3 § 5 D. de C. E. 37. 10.

тельно ли данный impubes сынъ наслѣдодателя. Но положеніе означенныхъ призванныхъ, наслѣдникамъ которыхъ по рѣшенію Папиніана succurrendum erit, не безусловно представляется безысходнымъ, какимъ, напротивъ, является положеніе призванныхъ въ другихъ выше разсмотрѣнныхъ случаяхъ: испрошеніе мнимымъ сыномъ bonorum possessio edictalis само по себѣ не мѣшаетъ призваннымъ совершить aditio. Положеніе призванныхъ, дѣйствительно, является безысходнымъ лишь при слѣдующихъ обстоятельствахъ: 1) если призванные не знаютъ, что претендентъ на наслѣдство въ качествѣ сына наслѣдодателя—мнимый сынъ; 2) если завѣщаніе, въ которомъ призванные были назначены наслѣдниками, имѣетъ силу только по преторскому праву, и, слѣдовательно, пріобрѣтеніе наслѣдства на основаніи завѣщанія можетъ совершиться лишь въ формѣ agnitio, а не aditio [37]. Имѣя въ виду, что бываютъ такіе случаи невозможности для призваннаго принять наслѣдство, Папиніанъ и рѣшаетъ вообще, что слѣдуетъ оказать содѣйствіе наслѣдникамъ тѣхъ призванныхъ, которые потому не могли получить bonorum possessio edictalis, что таковую испросилъ мнимый сынъ: quid enim, говоритъ Папиніанъ, мотивируя свое рѣшеніе, si non potuerunt adire hereditatem jure cessante vel ob litem in dubio constituti?

---

[37] Leist (стр. 230), а за нимъ Schröder (стр. 432) и Krause (стр. 61) говорятъ, что въ первомъ случаѣ имѣется „субъективное препятствіе къ пріобрѣтенію наслѣдства“: призваніе налицо, но призванные вслѣдствіе незнанія не могутъ пріобрѣсти наслѣдства. Во второмъ же случаѣ имѣется объективное препятствіе уже къ открытію наслѣдства, иначе говоря, за то время, въ которое мнимый сынъ имѣетъ bonorum possessio edictalis, о призваніи настоящихъ наслѣдниковъ не можетъ быть рѣчи. Но, думается намъ, о „полномъ объективномъ препятствіи къ призванію“ (volles objectives Delationshinderniss) можно говорить лишь въ случаѣ если filius qui subjectus dicitur дѣйствительно сынъ наслѣдодателя; въ противномъ случаѣ мнимый сынъ и по преторскому праву не призванъ, а призванъ съ самаго начала scriptus или legitimus heres, но конечно ни тотъ ни другой не могутъ осуществить свое право изъ призванія пока impubes пользуется положеніемъ сына наслѣдодателя.

Поскольку l. 12 cit. касается случая, когда subjectus filius выступаетъ противъ legitimus [38], притомъ умершаго не совершивъ aditio по той причинѣ, что онъ ob litem in dubio constitutus, это мѣсто является повтореніемъ l. 1 § 1 cit. Благодаря неизвѣстности, и тутъ и тамъ призванный по закону родственникъ не можетъ совершить aditio, тутъ и тамъ неизвѣстность является субъективной неизвѣстностью о томъ, призванъ ли данный родственникъ, или нѣтъ. Неизвѣстность о призваніи въ одномъ случаѣ вытекаетъ изъ неизвѣстности, вернется или нѣтъ изъ плѣна отецъ, а въ другомъ изъ неизвѣстности о дѣйствительномъ состояніи impubes. Правда, послѣдняя можетъ продолжиться, если и не на неопредѣленное время, какъ въ случаѣ плѣненія, зато искусственно тѣмъ, что разъясненіе вопроса задерживается до наступленія зрѣлости impubes, а тогда не столько неизвѣстность является дѣйствительнымъ препятствіемъ къ aditio, сколько отсрочка процесса о состояніи, которую преторъ назначаетъ на основаніи edictum Carbonianum. Очевидно, что сравненіе l. 12 cit. съ l. 1 § 1 дастъ намъ отрицательный результатъ въ смыслѣ трансмиссіи въ l. 1 § 1, если мы въ l. 12 будемъ имѣть въ виду лишь спеціальный случай [39], когда преторъ приходитъ на помощь тамъ, гдѣ онъ изъ соображеній, лежащихъ внѣ области наслѣдственнаго права, самъ вызвалъ задержку къ пріобрѣтенію и тѣмъ лишилъ призываемаго и его наслѣдниковъ наслѣдства. Но дѣло въ томъ, что рѣшеніе Папиніана въ l. 12, какъ мы упомянули выше, вовсе не выражено въ формѣ, которая указывала бы, что оно касается наслѣдниковъ лишь того призваннаго, который не успѣлъ пріобрѣсти наслѣдства исключительно благодаря отсрочкѣ процесса о состояніи. Si medio tempore moriantur говорится въ рѣшеніи, а это

---

[38] Т. е. qui intestati possessionem habere potuerit; см. l. 12 cit.

[39] Что и дѣлаютъ напр. Schröder, стр. 432, Krause, стр. 60.

medium tempus прежде всего то, когда призванный не можетъ получить bonorum possessio, такъ какъ мнимый сынъ таковую испрашиваетъ. Слѣдовательно, умри призванный до или во время слѣдствія, производимаго въ цѣляхъ рѣшенія вопроса о предоставленіи bonorum possessio человѣку, чье семейное состояніе оспаривается, какъ будто бы никакого спора о состояніи не было [40], его наслѣдникамъ все равно должно прійти напомощь.

Изъ сравненія l. 1 § 1 съ l. 12 оказывается, такимъ образомъ, что различіе въ обоихъ случаяхъ заключается лишь въ квалифицированности незнанія призваннымъ объ открытіи ему наслѣдства. Это различіе, достаточное само по себѣ для того, чтобы отнестись отрицательно къ выводу въ пользу трансмиссіи, въ l. 1 § 1 основанному на сравненіи обоихъ мѣстъ, однако совершенно ослабляется въ своемъ значеніи тѣмъ, что относительно l. 1 § 1 дѣло идетъ не о принципіальномъ разрѣшеніи вопроса о помощи наслѣдникамъ призваннаго (вопросъ въ этомъ смыслѣ уже рѣшенъ тѣмъ что призванному предоставляется bonorum possessio decretalis), а въ томъ, имѣемъ ли мы въ l. 1 § 1, такъ сказать, недомолвку, которая по отношенію, напр., къ l. 4 § 3 D. de B. P. c. t. устранена чрезъ l. 5 eod., или намѣренное умолчаніе о другой формѣ помощи наслѣдникамъ призваннаго, именно о трансмиссіи. Сравненіе обоихъ мѣстъ приводитъ насъ на основаніи вышеприведенныхъ соображеній къ первому предположенію.

Значеніе l. 12 для l. 1 § 1 сказаннымъ, однако, не исчерпывается. Мы видѣли, что l. 1 § 1 не заключаетъ въ себѣ никакихъ данныхъ въ пользу широкаго ея толкованія въ смыслѣ допущенія трансмиссіи для наслѣдниковъ вообще

---

[40] l. 1 pr. D. de C. E. 37. 10. Т. е. когда незнаніе призваннаго о томъ, что impubes—мнимый сынъ, еще не поддерживается отсрочкой процесса о состояніи.

всякаго призваннаго умершаго въ незнаніи, былъ ли его наслѣдодатель дѣйствительно таковымъ. Было уже сказано, что, основываясь исключительно на текстѣ l. 1 § 1, можно говорить о bonorum possessio decretalis или о трансмиссіи лишь если призванный призывался именно по закону. Но недостающія данныя въ l. 1 § 1 для широкаго толкованія доставляетъ намъ l. 12. Здѣсь Папиніанъ прямо допускаетъ трансмиссію для наслѣдниковъ всѣхъ призванныхъ, по какому они основанію ни призывались бы, по закону или по завѣщанію, безразлично, будь ли призванный нисходящимъ или другимъ родственникомъ, или, наконецъ, постороннимъ умершему. Такимъ образомъ, вышеприведенное положеніе Windscheid, что наслѣдникамъ призваннаго должно придти на помощь, если призванный умретъ въ незнаніи, былъ ли его наслѣдодатель дѣйствительно таковымъ [41], вполнѣ является обоснованнымъ, если имѣть въ виду l. 1 § 1 въ связи съ l. 12.

Итакъ, всѣ разсмотрѣнные выше случаи bonorum possessio decretalis являются и случаями трансмиссіи. Это обстоятельство приводитъ насъ къ само собою напрашивающемуся выводу, что вообще тамъ, гдѣ допускалась bonorum possessio decretalis въ цѣляхъ сохранить наслѣдникамъ наслѣдство, къ коему призывался ихъ наслѣдодатель, допускалась и трансмиссія, если призванный не осуществлялъ своего права на bonorum possessio decretalis. Дѣйствительно, трудно себѣ представить, почему въ однихъ случаяхъ примѣненія bonorum possessio съ означенной цѣлью отказывали бы въ трансмиссіи, когда въ другихъ случаяхъ примѣненія той же неуклюжей формы защиты интересовъ наслѣдниковъ призваннаго принципъ неотдѣлимости призванія отъ своего субъекта нарушался бы.

---

[41] См. выше стр. 39.

На помощь наслѣдникамъ призваннаго, умершаго въ незнаніи о своемъ призваніи, приходило не только преторское право, но и императорское законодательство. О такомъ случаѣ упоминаютъ Ульпіанъ и тотъ же Папиніанъ, которому принадлежитъ приведенная выше l. 84 D. de A. v. O. H.

A. L. 6 § 1 D. de bon. lib. 38. 2. (Ulpianus libro 43 ad edictum):

Cum patroni filia heres instituta esset a liberto falsumque testamentum dictum esset, in quo scripta erat, et appellatione interposita et pendente diem suum obisset: heredibus ejus divus Marcus subvenit, ut id haberent, quod haberet patroni filia, si viveret.

B. L. 42 § 3 eodem. (Papinianus libro 13 quaestionum):

Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum atque ita res per appellationem extracta esset, defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus heredem instituerat, filio mulieris servavit divus Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel jure intestati, si vixisset, habere potuit.

Вольноотпущенникъ назначилъ своей наслѣдницей дочь своего патрона. По смерти вольноотпущенника было заявлено о подложности завѣщанія, въ которомъ дочь патрона была назначена наслѣдницей, въ силу чего возникаетъ процессъ. До рѣшенія процесса умираетъ дочь патрона. Императоръ Маркъ Аврелій опредѣлилъ, что наслѣдники получатъ то, что получила бы дочь, если бъ она осталась живою. Ни Папиніанъ, ни Ульпіанъ не указываютъ, на кого ложится обвиненіе въ подлогѣ завѣщанія, но это умолчаніе не создаетъ никакой неопредѣленности. Очевидно, что декретъ[42] импе-

[42] Именно, декретъ; см. Schröder, стр. 427, Krause, стр. 54.

ратора Марка не былъ вызванъ случаемъ подлога завѣщанія дочерью патрона, за каковое дѣяніе полагалось deportatio [43]; равно не можетъ быть сомнѣнія и въ томъ, что этотъ декретъ былъ вызванъ не тѣмъ случаемъ, когда заявленіе въ подлогѣ заключалось единственно въ обвиненіи именно дочери патрона, такъ что завѣщаніе лишь постольку являлось подложнымъ, поскольку дочь была бы виновна въ подлогѣ. Въ самомъ дѣлѣ, дочь патрона, которой лучше чѣмъ кому-либо извѣстно, что она подлога не совершала, можетъ, несмотря на процессъ, и до его окончанія принять наслѣдство [44].

Такимъ образомъ, декретъ императора Марка могъ имѣть въ виду два случая, именно:

1) Тотъ, когда дочери патрона, не знающей о томъ, что завѣщаніе не подложно, приходится ждать результата процесса, но, не дождавшись, она умираетъ. Такой случай мы можемъ себѣ представить на основаніи перваго изъ выше приведенныхъ мѣстъ, принадлежащаго Ульпіану (l. 6 § 1)

2) Тотъ случай, когда завѣщаніе оказалось подложнымъ а дочь патрона умерла, не дождавшись исхода процесса, и притомъ или вовсе не совершивъ акта принятія наслѣдства, или совершивъ таковой, но по подложному завѣщанію, считая его ошибочно за подлинную волю наслѣдодателя. Этотъ случай, о которомъ говоритъ второе изъ приведенныхъ мѣстъ, принадлежащее Папиніану (l. 42 § 3), предполагаетъ, что вольноотпущенникъ умеръ, не оставивъ sui, а именно naturales liberi, или исключивъ ихъ изъ наслѣдованія: Папиніанъ въ словахъ: „servavit divus Marcus eam partem bonorum,

---

[43] § 7 J. de publ. jud. 4. 18.

[44] l. 46 D. de A. v. O. H. 29. 2 Cum falsum testamentum diceretur tstaquidem ipse heres accusaretur, quoniam certus esse debeat se falsum no fecisse recte adibit hereditatem: sin autem alius argueretur citra conscientiam ejus, non potest adire, quasi dubitet verum esse testamentum.

quam filia patroni vel jure intestati, si vixisset, habere potuit", указываетъ, что дочь патрона за отсутствіемъ завѣщанія наслѣдуетъ по закону, что можетъ случиться, какъ извѣстно [45], лишь за отсутствіемъ у вольноотпущенника naturales liberi или за исключеніемъ имъ таковыхъ изъ наслѣдованія [46]. Разсматриваемый случай въ передачѣ Папиніана, такимъ образомъ, совершенно того же рода, что и случай vacuo ventre, о которомъ говоритъ тотъ же Папиніанъ въ l. 84 cit. Здѣсь и тамъ трансмитентомъ является лицо, во всякомъ случаѣ долженствующее быть призваннымъ, если не по завѣщанію, то по закону. Здѣсь и тамъ препятствіемъ къ пріобрѣтенію наслѣдства является незнаніе не о призваніи, а объ основаніи своего призванія. Изъ полной аналогіи l. 42 § 3 съ l. 84 несомнѣнно явствуетъ, что въ l. 42 § 3 дочь патрона могла получить bonorum possessio decretalis [47], и что если о таковой она не просила, то помощь, оказываемая ея наслѣдникамъ, осуществляется не иначе, какъ путемъ трансмиссіи [48]; декретъ императора Марка дѣлаетъ то же, что и преторъ въ l. 5 D. de B. P. c. t. 37. 4 по отношенію къ l. 4 § 3 eod. и, слѣдовательно, также къ l. 84.

Сравнивая ульпіановское мѣсто съ папиніановскимъ, мы видимъ, что условія трансмиссіи въ первомъ являются болѣе широкими, нежели во второмъ. Ульпіанъ ничего не

---

[45] G. 3 § 41, Ulp. XXIX. 5.

[46] Само собою разумѣется, что о наслѣдованіи дочери патрона послѣ вольноотпущенника могла быть рѣчь лишь въ томъ случаѣ, если она имѣла jus trium liberorum.

[47] Krause стр. 54.

[48] Buchholtz (стр. 42) говоритъ о фикціи пріобрѣтенія въ данномъ случаѣ дочерью патрона наслѣдства, такъ что наслѣдство, къ коему дочь призывалась, слѣдуетъ разсматривать, какъ составную часть наслѣдства, оставшагося послѣ нея самой, каковая точка зрѣнія успѣха, однако, не имѣла, см. Mühlenbruch, стр. 176, Leist, стр. 226, Schröder, стр. 427, Krause стр. 35.

говоритъ о правѣ дочери патрона наслѣдовать по закону и ограничивается общимъ указаніемъ, что наслѣдники ея получатъ то, что она получила бы, если бы была въ живыхъ. Соблазнительнымъ является на первый взглядъ толковать это указаніе въ томъ смыслѣ, что наслѣдники получатъ то, что она получила бы или по завѣщанію или по закону, если бъ она была жива; но толкованіе, предполагающее ненамѣренное умолчаніе такого важнаго условія (alterutro casu rem omnimodo habiturus est) примѣненія трансмиссіи сводится къ обвиненію Ульпіана въ слишкомъ грубой неточности въ выраженіи: благодаря этому умолчанію, препятствіемъ къ пріобрѣтенію дочерью патрона наслѣдства является не незнаніе объ основаніи призванія, какъ представляется дѣло по Папиніану, а незнаніе о самомъ призваніи. Отсюда по Ульпіану можетъ быть трансмитентомъ лицо и непризываемое, во всякомъ случаѣ, если не по завѣщанію, такъ по закону, чего не можетъ быть по Папиніану. Получается обстановка приблизительно того случая, который Ульпіанъ приводитъ въ уже разсмотрѣнномъ l. 1 § 1 D. ad sc. Tert.

Если далѣе обратить вниманіе на то, изъ какихъ сочиненій взяты оба отрывка, то разница въ передачѣ разсматриваемаго случая трансмиссіи легко объясняется безъ всякихъ предположеній о неточности и неправильности въ выраженіяхъ Ульпіана. Мѣсто Папиніана взято изъ его Quaestiones, точно такъ же какъ и его l. 84. Въ Quaestiones, сочиненіи, имѣющемъ въ виду учебныя цѣли, разбираются между прочими, какъ извѣстно, также отдѣльные конкретные случаи, выхваченные изъ жизни [49]. Такимъ образомъ, здѣсь могъ имѣться въ виду лишь опредѣленный конкретный случай, коимъ Папиніанъ воспользовался какъ предметомъ разбора

---

[49] Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts § 18, стр. 132, 133.

и рѣшенія со своими учениками. На это указываетъ и самый текстъ l. 42 § 3. Папиніанъ не говоритъ вообще о наслѣдникахъ дочери патрона, какъ это дѣлаетъ Ульпіанъ, а именно о сынѣ (filio mulieris); далѣе, онъ указываетъ, что дѣло происходило in provinciis, о каковой подробности умалчиваетъ Ульпіанъ.

Мѣсто Ульпіана взято изъ его комментарія къ эдикту, это уже одно предуказываетъ характеръ этого отрывка: Ульпіана въ этомъ сочиненіи не столько интересовалъ конкретный случай, сколько опредѣленіе тѣхъ условій, данныхъ, при которыхъ можетъ имѣть мѣсто трансмиссія, на основаніи декрета императора Марка. Такимъ образомъ, въ l. 6 § 1 Ульпіанъ имѣлъ въ виду не рѣшеніе конкретнаго случая, а формулировку правила, опредѣленнаго положенія. Если декретъ императора Марка былъ изданъ по поводу того конкретнаго случая, о которомъ говоритъ Папиніанъ, то въ l. 6 § 1 мы имѣемъ обобщеніе Ульпіаномъ этого случая, расширеніе имъ границъ примѣненія трансмиссіи на основаніи декрета императора Марка. Ограничительно толковать мѣсто Ульпіана до предѣловъ случая такъ, какъ онъ изложенъ у Папиніана, значило бы извратить содержаніе l. 6 § 1, исказить мысль юриста.

При только что изложенномъ взглядѣ на l. 6 § 1, это мѣсто пріобрѣтаетъ особое значеніе для толкованія l. 84, въ цѣляхъ опредѣленія круга лицъ, могущихъ быть трансмитентами въ случаѣ vacuo ventre, упоминаемомъ послѣднимъ мѣстомъ. Если на основаніи l. 6 § 1 можно не настаивать на непремѣнномъ условіи, чтобы трансмитентомъ могло быть только лицо qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est, то равно требованіе наличности этого условія въ l. 84, представляющемъ полную аналогію съ l. 42 § 3, перестаетъ быть категорическимъ.

Благодаря l. 12 D. de C. E. 37. 10 и l. 6 § 1, мы имѣемъ

возможность относительно всѣхъ разсмотрѣнныхъ до сихъ поръ мѣстъ источниковъ сдѣлать общій имъ всѣмъ выводъ для тѣхъ лицъ, которыя умерли не принявъ наслѣдства по причинамъ, упоминаемымъ этими мѣстами. Означенныя лица, независимо отъ основанія ихъ призванія, будь они emancipati или только родственники, или, наконецъ, совершенно посторонніе, переносятъ свое право изъ призванія на своихъ наслѣдниковъ.

Всѣ выше разсмотрѣнныя мѣста имѣютъ, далѣе, то общее, что причиной непринятія до смерти наслѣдства является незнаніе: незнаніе объ основаніи призванія, или о самомъ призваніи. Является ли незнаніе также общимъ основаніемъ допущенія трансмиссіи для всѣхъ случаевъ, о которыхъ говорятъ эти мѣста? Koeppen [50], напримѣръ, на основаніи этихъ мѣстъ выставляетъ то положеніе, что трансмиссія наступаетъ, если призванный не осуществилъ jus adeundi до самой своей смерти, вслѣдствіе незнанія: незнанія о своемъ призваніи, или о величинѣ доли, которую призванный имѣетъ получить, или объ основаніи своего призванія [51]. Однако, во всѣхъ означенныхъ мѣстахъ о незнаніи вообще нѣтъ рѣчи въ смыслѣ условія трансмиссіи. Во всѣхъ нихъ незнаніе является условіемъ трансмиссіи лишь потому, что вызвано оно, въ свою очередь, опредѣленной причиной; такъ, условіемъ трансмиссіи являются: незнаніе, вызванное ожиданіемъ postumus praeteritus, или мнимою беременностью; незнаніе, вызванное нахожденіемъ извѣстнаго лица въ плѣну; далѣе, незнаніе, вызванное появленіемъ лица, выдающаго себя за сына наслѣдодателя, и, наконецъ, незнаніе, обусловленное

---

[50] Lehrbuch § 24. 3, стр. 163 и прим. 4 на той же страницѣ.

[51] Ср. Windscheid, P. III § 600 между примѣчаніями 15 и 16 и самое примѣчаніе 16; Dernburg, P. § 166 пр. 4, Holzschuher, Civilr. II § 176, стр. 905.1

заявленіемъ о подложности завѣщанія. Въ виду проявленной во всѣхъ означенныхъ мѣстахъ заботы квалифицировать незнаніе, являющееся условіемъ трансмиссіи, и вмѣстѣ съ тѣмъ въ виду полнаго отсутствія несомнѣннаго указанія, гдѣ-либо въ нашихъ источникахъ на то, чтобъ незнаніе вообще могло быть условіемъ трансмиссіи [52], всякія обобщенія, подобныя тому, которое дѣлаетъ, напримѣръ, Koeppen, являются ни на чемъ неоснованными [53].

Въ источникахъ мы находимъ еще два случая трансмиссіи, въ которыхъ трансмитентъ не успѣлъ принять наслѣдства, вслѣдствіе препятствія юридическаго характера. Но въ отличіе отъ выше разсмотрѣнныхъ, въ этихъ двухъ случаяхъ, препятствіе въ каждомъ изъ нихъ заключается не въ отсутствіи одного изъ общихъ условій, требуемыхъ для aditio или agnitio, а въ отсутствіи спеціальнаго условія, требуемаго на основаніи закона, имѣющаго въ виду лишь опредѣленный случай, и притомъ закона случайнаго, т.-е. не состоящаго въ органической связи съ системой наслѣдованія.

1. Первый изъ этихъ случаевъ возникъ на почвѣ законодательныхъ мѣръ, направленныхъ къ обезпеченію жизни хозяевъ отъ посягательствъ на нее ихъ рабовъ. Въ 10 г. по Р. Х. [54] sc. Silanianum подтвердилъ [55] уже существовавшій обычай подвергать рабовъ убитаго хозяина пыткамъ, съ цѣлью добиться отъ нихъ выдачи виновныхъ въ убійствѣ. Въ интересѣ же быстраго веденія слѣдствія и безпрепятственнаго наказанія виновныхъ въ полной мѣрѣ, наслѣдованіе послѣ

---

[52] Относительно знанія въ трансмиссіи юстиніановской см. ниже

[53] Ср. Schröder, стр. 443, 446, 447.

[54] Willems, Le droit public romian, изд. 5, стр. 416; Mühlenbruch, стр. 471; Leist, стр. 220; Kuntze, Cursus des römischen Rechts, изд. 2. § 302, стр. 190.

[55] L. 25 D. de sc. Sil. 29. 5. Rein, Das Criminalrecht der Römer, стр. 421 и сл.; Puchta, Cursus der Instutionen т. II § 212, стр. 83.

убитаго наслѣдодателя, у котораго рабы состоятъ въ подозрѣніи въ томъ, что они причастны къ убійству, или даже въ томъ, что они не помѣшали таковому, имѣя на то возможность, можетъ имѣть мѣсто лишь по окончанія слѣдствія и наказанія виновныхъ [56]. Это запрещеніе распространялось не только на heredes voluntarii, но и на heredes sui. Въ послѣднемъ случаѣ запрещеніе имѣло въ виду не самое вступленіе въ наслѣдство, такъ какъ sui наслѣдовали, не совершая aditio, а immixtio съ ихъ стороны въ имущество, котораго они наслѣдники [57]. Далѣе, запрещеніе претора относилось какъ къ aditio, такъ и къ agnitio, и притомъ въ обоихъ случаяхъ, какъ ab intestato, такъ ex testamento. Равно было запрещено вскрытіе завѣщанія, хотя бы лишь съ цѣлью ознакомиться съ его содержаніемъ [58]. Это послѣднее запрещеніе имѣло въ виду помѣшать тому, чтобы рабы, коимъ назначена въ завѣщаніи свобода, воспользовались преимуществами положенія свободнаго гражданина. Что касается воспрещенія вступленія въ наслѣдство по закону, то этимъ имѣлось въ виду, чтобы наслѣдникъ не скрылъ изъ-за своей выгоды преступленіе, учиненное рабами [59]. Тотъ, кто до производства слѣдствія и наказанія виновныхъ вступитъ въ наслѣдство, объявляется indignus и лишается наслѣдства, которое онъ принялъ [60].

Таково положеніе delatus въ случаѣ убійства наслѣдодателя при условіяхъ, предусматриваемыхъ sc. Silanianum. Въ данномъ случаѣ, кромѣ общихъ условій, требующихся для совершенія aditio или agnitio (какъ то: открытія наслѣдства,

---

[56] L. 3 § 18 D. de sc. Sil. 29. 5. Paulisent. III. 5 § 1; Dernburg II, § 60 пр. 3; Mühlenbruch, стр. 471; Leist, стр. 221.

[57] l. 5 pr. D. de sc. Sil.

[58] l. 3 § 17—§ 20; l. 5 § 1 D. eod.

[59] l. 3 § 29 eod.

[60] l. 5 § 2 eod, l. 3 § 5 D. ad sc. Trebell. 36. 1.

знанія о своемъ призваніи и его основаніи, выраженія воли пріобрѣсть наслѣдство и т. д.), выставляется спеціальное для даннаго случая условіе: до aditio или agnitio должны имѣть мѣсто de ea familia (т.-е. убитаго) quaestio ex senatus consulto и supplicium de noxiis [61]. Благодаря этому условію, принятіе наслѣдства легко можетъ отсрочиться на долгое время, и, во всякомъ случаѣ рискъ для призваннаго и его наслѣдниковъ не получить наслѣдства значительно увеличивается, отчего, конечно, принципъ неотдѣлимости jus adeundi отъ своего субъекта дѣлается соотвѣтственно еще болѣе чувствительнымъ для наслѣдниковъ призваннаго. Однако, римское право отмѣнило въ данномъ случаѣ осуществленіе этого принципа, допустивъ здѣсь трансмиссію, допустивъ переходъ къ наслѣдникамъ права принять наслѣдство или отказаться отъ него.

О трансмиссіи въ данномъ случаѣ говорятъ слѣдующія мѣста источниковъ:

L. 4 D. de sc. Silaniano. (Papinianus libro 6 responsorum).

Qui postumos heredes instituerat, non natis postumis uxorem secundo loco scripsit heredem: cum a familia necatus diceretur, uxor diem suum obierat: heredes mulieris actiones ex constitutione sibi dari postulabant. Eos ita demum audiendos esse respondi, si mulier, quam in utero nihil gestare constabat, propter senatus consultum hereditatem adire noluit: alioquin praegnate ea defuncta nullam injuriae querellam intervenisse.

L. 3 D. de sc. Silaniano 29.5 (Ulpianus libro 50 ad edictum).

§ 30. Eleganter Scaevola ait, ut quis ad heredem suum utiles actiones transmittat, si forte ante

[61] l. 3 § 18 in f. D. de sc. Sil. 29.5.

aditionem decessit, exploratum esse debere idcirco eum non adire, quod senatus consulto edictoque terreatur.

§ 32. Si et aliud impedimentum sit de non adeunda hereditate vel aperiendarum tabularum, sit et senatus consulti, nihil prodesse impedimentum senatus consulti, si et aliud fuit: veluti si praegnas uxor occisi fuit vel etiam putabatur et propterea adire hereditatem institutus non potuerit.

L. 4, отрывокъ изъ responsa Папиніана, содержитъ въ себѣ отвѣтъ Папиніана на представленный на его рѣшеніе слѣдующій случай: нѣкто въ ожиданіи, что родятся послѣ его смерти дѣти отъ него (postumi), назначилъ таковыхъ своими наслѣдниками, а на случай, если бъ они не родились, назначилъ своею наслѣдницей во вторую очередь (субститутомъ) жену свою. Въ то время, какъ послѣ его смерти существовало предположеніе, что онъ былъ убитъ своими рабами, вдова его умерла до родовъ. Наслѣдники ея требовали на основаніи одной конституціи, чтобы признали за ними иски изъ наслѣдства. Папиніанъ рѣшилъ, что наслѣдники вдовы должны быть удовлетворены въ своей претензіи, если вдова, которая, какъ оказалось, не была беременна, не приняла до своей смерти наслѣдства мужа лишь въ силу sc. Silanianum и, добавляетъ онъ при этомъ, если бы она умерла будучи беременной, то претензіи ея наслѣдниковъ нѣтъ мѣста. Въ l. 4, какъ видно изъ текста, не устанавливается новый случай трансмиссіи, заботою Папиніана здѣсь является не проведеніе новаго исключенія изъ правила, что jus adeundi не переходитъ по наслѣдству. Этотъ новый случай трансмиссіи, какъ видно изъ того же текста, уже установленъ, вся забота Папиніана и Ульпіана въ l. 3 § 30, § 32 cit.—указать, при какомъ условіи трансмиссія въ данномъ случаѣ, возникшемъ на почвѣ запрещенія ex senatus consulto Silaniano, можетъ имѣть

мѣсто на основаніи существующаго закона. Наслѣдство, къ которому призывалась ихъ наслѣдодательница, требуется наслѣдниками на основаніи конституціи, ex constitutione; такимъ образомъ, constitutio, которую они въ своей претензіи имѣютъ въ виду, и установила новый случай трансмиссіи. Что это за конституція? Куяцій, предполагая текстъ этого отрывка именно въ словѣ constitutione испорченнымъ, предлагаетъ читать вмѣсто ex constitutione—ex substitutione [62]. Основанія къ своему предположенію объ испорченности текста и къ означенной замѣнѣ словъ Куяцій приводитъ слѣдующія: 1) никакой конституціи, на которую могли бы въ данномъ случаѣ сослаться наслѣдники вдовы, не было издано и 2) замѣной слова constitutio чрезъ substitutio текстъ становится совершенно яснымъ. Наслѣдники требуютъ наслѣдство мужа ихъ наслѣдодательницы на основаніи субституціи, т.-е. на томъ основаніи, что, какъ выражается Куяцій, transmissa est substitutio. Что касается второго соображенія, то оно является мало убѣдительнымъ. Выше мы указывали, что въ l. 4 рѣшается лишь вопросъ объ одномъ изъ условій, требуемыхъ для примѣненія transmissio Silaniana, но ни въ l. 4, ни въ другихъ мѣстахъ, нигдѣ мы не встрѣчаемъ прямыхъ данныхъ о принципіальномъ допущеніи трансмиссіи въ случаѣ, когда призванный не могъ совершить aditio до смерти вслѣдствіе запрета, вызваннаго sc. Silanianum. Въ виду отсутствія таковыхъ данныхъ замѣна выраженія ex constitutione выраженіемъ ex substitutione трансмиссія, о которой говорятъ l. 4 и l. 3 § 30, § 32, становится вполнѣ загадочной, и самый текстъ l. 4 еще болѣе проигрываетъ въ ясности. Что касается пер-

---

[62] Cujacii opera, томъ III, Venetiis 1758, столб. 90 A (Observationum et emendationum libri XXVIII, lib. IV cap. XIII: томъ IV Muttinae 1777 столб. 999 E и сл. (Commentaria in librum VI responsorum Papiniani ad l. IV de sc. Syllan).

ваго соображенія, то болѣе чѣмъ сомнительна справедливость утвержденія Куяція, что „nulla ea de re prodita est constitutio“. Senatusconsultum Silanianum дополнялся императорскими указами [63], и потому ничто не мѣшаетъ предположенію, что былъ императорскій указъ, который установилъ бы въ этомъ случаѣ трансмиссію. Buchholtz [64] свидѣтельствуетъ, что Maranus въ своихъ paratitla ad digesta [65] указывалъ, что подъ constitutio здѣсь слѣдуетъ разумѣть относящуюся къ sc. Silanianum oratio Марка Аврелія. Мнѣнія Марана держится и Göring [66], также подъ словами ex constitutione разумѣющій oratio divi Marci, именно ту, о которой упоминаетъ Юстиніанъ въ l. 11 C. ad sc. Silan. 6. 35. „Папиніану и юристамъ его времени“, говоритъ Göring, „эта oratio Marci была, конечно, хорошо знакома въ качествѣ новеллы къ sc. Silanianum. Поэтому онъ могъ, не рискуя быть непонятымъ, называть эту новеллу просто constitutio, такъ же какъ юристы, когда писали о sc. Silanianum, называли это сенатское опредѣленіе просто senatusconsultum, какъ, напримѣръ, въ l. 3, §§ 2, 18, 22, 30, 32, l. 4 § 3, l. 9 D. hoc tit. 29, 5“.

Что constitutio, на которую ссылаются наслѣдники вдовы въ l. 4, какъ на законъ, устанавливающій въ ихъ случаѣ трансмиссію, и есть та самая oratio Марка Аврелія, о которой говоритъ Юстиніанъ въ своей конституціи „Cum Silanianum“ (l. 11 C. ad sc. Sil. 6. 35), является предположеніемъ вполнѣ вѣроятнымъ. Юстиніанъ прямо не передаетъ намъ въ конституціи „Cum Silanianum“ ничего о содержаніи этой oratio, но изъ той связи, въ которую онъ ставитъ свою консти-

---

[63] l. 1 § 28, l. 2 D. de sc. Sil. см. Mühlenbruch, стр. 177 пр. 42, стр. 472.

[64] Стр. 37, пр. 37.

[65] Hoc itulo, стр. 289.

[66] Стр. 166; Schröder, стр. 424.

туцію съ упоминаемой имъ въ ней oratio Марка Аврелія, не трудно составить приблизительное, въ общихъ чертахъ, понятіе о томъ, что эта oratio могла содержать въ себѣ. Находя, что въ oratio divi Marci, которая была издана по поводу sc. Silanianum, ничего не говорится объ отпущеніяхъ на волю, сдѣланныхъ въ завѣщаніи наслѣдодателя, Юстиніанъ въ конституціи „Cum Silanianum" восполняетъ этотъ пробѣлъ, постановляя, что родившееся до вскрытія завѣщанія убитаго наслѣдодателя дитя отъ рабыни, которой завѣщана въ этомъ завѣщаніи свобода, будетъ ingenuus [67], даже если бы рабыня не дожила до момента вскрытія завѣщанія и полученія свободы [68]. Очевидно, назвать пробѣломъ отсутствіе такого положенія въ oratio divi Marci можно лишь въ томъ случаѣ, если эта constitutio такого содержанія, что данное положеніе было бы въ ней у мѣста, иначе говоря, если она своимъ содержаніемъ имѣетъ подобныя же положенія. Если это положеніе Юстиніанъ ставитъ въ связь съ oratio divi Marci, то нѣтъ ничего неестественнаго предположить, что эта oratio имѣла въ виду, хотя бы, можетъ быть, между прочимъ, установить трансмиссію на случай, если бы призванный умеръ до наступленія момента, когда отсрочка изъ sc. Silanianum прекратится.

Итакъ, въ силу означенной oratio divi Marci наслѣдники могли потребовать, чтобы за ними признали всѣ тѣ иски, которые принадлежали бы ихъ наслѣдодателю, если бы онъ принялъ наслѣдство, къ коему призывался. Въ этомъ требованіи заключается, со стороны наслѣдниковъ, и актъ принятія наслѣдства, которое было открыто ихъ наслѣдодателю,

---

[67] Т. е. свободнорожденнымъ.

[68] Ita in hereditatibus et in legatis et in fideicommissis et maxime in libertatibus.... extendatur ejus oratio, ut et lucrum quod in medio accidit eis post libertatem acceptam restituatur et partus liber et ingenuus esse intellegatur (§ 2).

а въ предоставленіи имъ этихъ исковъ, обозначавшихся въ данномъ случаѣ наименованіемъ actiones utiles [такъ какъ stricto jure они, не будучи пріобрѣтены призваннымъ къ наслѣдованію путемъ aditio hereditatis, не могли перейти къ его наслѣдникамъ] заключалось признаніе закономъ въ данномъ случаѣ трансмиссіи [69].

Что касается предѣловъ примѣненія transmissio „Silaniana“ [70], то прежде всего слѣдуетъ замѣтить, что законъ не дѣлаетъ разницы въ лицѣ призываемаго: Папиніанъ говоритъ объ uxor наслѣдодателя, а Ульпіанъ вообще о heres (l. 3 § 30) [71]. Но зато какъ Папиніанъ, такъ и Ульпіанъ ставятъ непремѣннымъ условіемъ примѣненія transmissio Silaniana то, чтобы запретъ на основаніи sc. Silanianum былъ единственной причиной того, что призываемый не совершилъ aditio или agnitio до своей смерти. Такимъ образомъ, если жена убитаго была беременна, или воображала себя таковой, или, наконецъ, если было другое препятствіе, напримѣръ, impedimentum aperiendarum tabularum, то impedimentum senatusconsulti Silaniani въ такомъ случаѣ ровно ни при чемъ, такъ какъ призванный или призванная и помимо его все равно не могли принять наслѣдства, а такъ какъ oratio divi Marci имѣла цѣлью именно устранить невыгоды, которыя могли возникнуть для наслѣдниковъ, легатаровъ и т. д. изъ sc. Silanianum и въ частности дать возможность въ случаѣ преждевременной смерти призваннаго сохранить наслѣдство для его наслѣдниковъ, то само собою разумѣется, что нѣтъ мѣста въ такомъ случаѣ ни oratio, ни введенной ею трансмиссіи. Это-то именно и высказываютъ Ульпіанъ въ l. 3 § 30, § 32 и Папиніанъ въ l. 4. Поэтому очевидно, что означенныя мѣста

---

[69] Ср. Leist, стр. 223.
[70] Leist, стр. 224.
[71] См. Leist, стр. 224, Schröder, стр. 431.

вовсе не допускаютъ распространительнаго толкованія въ пользу трансмиссіи вообще. Но по тому же основанію изъ этихъ же мѣстъ нельзя выводить какія-либо заключенія объ отрицательномъ въ принципѣ отношеніи римскаго права къ трансмиссіи, равно какъ нельзя заключить, что если помимо impedimentum Silanianum есть другое препятствіе, то уже вообще трансмиссія не имѣетъ мѣста: если не можетъ быть transmissio Silaniana, то можетъ быть трансмиссія по тому impedimentum, которое уничтожило значеніе impedimentum Silanianum. Именно благодаря impedimentum aperiendarum tabularum (см. l. 3 § 32 cit.) и возникъ нашъ второй случай трансмиссіи, извѣстный подъ именемъ transmissio Theodosiana. Къ разсмотрѣнію его мы и приступимъ.

2. Въ юстиніановскомъ Кодексѣ мы имѣемъ одну конституцію императоровъ Ѳеодосія и Валентиніана отъ 450 г., составляющую lex unica титула de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt (6. 52). Она гласитъ:

> Per hanc jubemus sanctionem in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscumque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla hujusmodi praescriptione obstante sibi tamquam debitam vindicare: quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet: si quidem perindignum est fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari ali-

osque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solacium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.

Какъ видно изъ текста, въ этой конституціи установленъ слѣдующій случай трансмиссіи, названный по имени одного изъ авторовъ его transmissio Theodosiana: если дѣти, или внуки, или правнуки того или другого пола, назначенные своимъ восходящимъ наслѣдниками, умрутъ до вскрытія завѣщанія, то наслѣдство, которое имъ по завѣщанію предназначалось, могло быть пріобрѣтено тѣми изъ ихъ нисходящихъ, которые были ихъ наслѣдниками. Эта конституція, взятая отдѣльно, внѣ всякой исторической связи, заключаетъ одно странное, по выраженію Windscheid [72], требованіе: трансмиссія эта имѣетъ мѣсто при томъ условіи, если призванный, умершій до принятія, умеръ именно ante apertas tabulas. Вскрытіе завѣщанія, какъ извѣстно, въ юстиніановомъ правѣ не имѣетъ никакого юридическаго значенія; въ ученіи объ открытіи и принятіи наслѣдства вскрытіе завѣщанія есть фактъ безразличный: въ этомъ ученіи важны наличность или отсутствіе дѣйствительнаго завѣщанія, а не его вскрытіе. Правда, въ юстиніановомъ правѣ судебное вскрытіе завѣщанія было нормальною процедурой вскрытія и законъ обязывалъ подъ страхомъ штрафа всякаго, у кого находилось завѣщаніе, немедленно по смерти завѣщателя представить его компетентнымъ властямъ для вскрытія [73], тѣмъ не менѣе все это не имѣло никакого отношенія къ силѣ завѣщанія. Поэтому, дѣйствительно, является страннымъ, почему законъ здѣсь дѣлаетъ различіе не въ томъ, напримѣръ, зналъ ли призванный о своемъ призваніи, или нѣтъ, а въ томъ, умеръ ли онъ до

---

[72] P. III, § 600, пр. 8.
[73] Dernburg, P. III, § 157.

вскрытія завѣщанія, или послѣ вскрытія. Однако всякій поводъ къ недоумѣнію устраняется, если, по примѣру почти всѣхъ авторитетныхъ романистовъ послѣдняго времени, имѣть въ виду тѣ историческія данныя, которыя могли повести къ созданію условія ante tabulas apertas.

Судебная процедура вскрытія завѣщанія легко объясняется значеніемъ вскрываемаго документа. Въ этомъ документѣ выражена послѣдняя воля умершаго завѣщателя, создающая и затрогивающая такъ или иначе существенныя права и интересы извѣстныхъ лицъ; понятна забота о томъ, чтобы завѣщаніе не было скрыто или при вскрытіи не было искажено [74]. Однако судебная форма вскрытія завѣщанія, не существовавшая въ jus antiquum, создалась не въ силу этой заботы и даже при Θеодосіи еще не имѣла исключительно значенія обезпеченія интересовъ наслѣдниковъ, легатаровъ и пр. лицъ. Судебное вскрытіе завѣщанія обязано своимъ возникновеніемъ законамъ, имѣвшимъ въ виду исключительно интересы фиска. Lex Julia vicesima—законъ, изданный при Августѣ (въ 6 г. по Р. Х.) и распространявшійся лишь на римскихъ гражданъ, обложилъ все, что получалось по завѣщанію наслѣдниками и легатарами пошлиной въ размѣрѣ $^1/_{20}$ ($5^0/_0$) стоимости получаемаго [75], откуда и названіе пошлины vicesima [76]. Благодаря lex vicesima hereditatium, создавшей новый источникъ государственныхъ доходовъ, вскры-

---

[74] Интересно, что судебная процедура вскрытія завѣщанія, которая въ gemeines Recht не сохранилась какъ общее правило, обязательна по новому германскому уложенію, B. G. B. § 2259. Code civil признаетъ ее обязательной для testaments olographe et mystique, art. 1007. Ср. Preuss. Landrecht I 12, § 208 и сл.

[75] Mispoulet, Les institutions politiques des romains т. II § 110, 3°, стр. 272; Willems, стр. 485. IV, b.; стр. 598 и сл.

[76] Шестой титулъ четвертой книги Sententiarum Павла озаглавленъ de vicesima, а Эмилій Мацеръ написалъ комментарій, озаглавленный ad legem vicesimam hereditatium L. 37 D. de relig. et sumpt. 11. 7; l. 68 D. ad leg. Falc. 35. 2.

тіе завѣщанія получило уже иное значеніе, чѣмъ то, которое оно имѣло до установленія этой пошлины, а равно которое оно имѣетъ и въ юстиніановскомъ правѣ, когда vicesima была отмѣнена [77]: во вскрытіи завѣщанія были заинтересованы не только тѣ, коихъ касалось содержаніе завѣщанія, но и сама казна, почему вскрытіе завѣщанія изъ частнаго дѣла заинтересованныхъ лицъ обратилось, въ силу той же lex Julia, въ судебную процедуру для охраненія интересовъ фиска [78].

Такъ какъ lex Julia vicesima имѣла въ виду лишь successiones testamentariae, то весьма понятно также, что было въ интересахъ казны, чтобъ не только никогда не опускалось торжественное вскрытіе завѣщанія, но чтобы такое вскрытіе совершалось, по возможности, неотлагательно по смерти завѣщателя. Помимо того, что lex Julia предписывала вскрытіе завѣщанія statim post mortem testatoris, въ силу lex Julia et Papia Poppaea принятіе наслѣдства по завѣщанію сонаслѣдниками (это постановленіе не относилось къ heres ex asse) могло имѣть мѣсто лишь по торжественномъ вскрытіи завѣщанія [79]. Такимъ образомъ, наслѣдники даже въ томъ случаѣ,

---

[77] Mispoulet II, стр. 274; Willems стр. 610, пр. 9.

[78] Нѣкоторыя подробности объ этой процедурѣ мы находимъ у Павла въ его libri V sententiarum, именно въ l. IV. 6: завѣщаніе вскрывалось публично при свидѣтеляхъ qui signaverint testamentum, а за отсутствіемъ ихъ при honesti viri. Послѣ того, какъ свидѣтели признали свои печати, документъ распечатывался, и совершалось чтеніе, „recitatio". За симъ, по снятіи копіи съ завѣщанія, завѣщательный документъ снова запечатывался signo publico и сдавался въ архивъ. При этомъ составлялся протоколъ всей процедуры вскрытія (такой протоколъ приведенъ въ Fontes juri antiqui, edit. VI cura Mommseni et Gradenwitz, стр. 281 № 103). Означенное публичное вскрытіе завѣщанія подлежащей властью было, разумѣется, обязательно, и тѣ, которые уклонялись отъ предписанной закономъ формы вскрытія, подлежали штрафу. Законъ предписывалъ, чтобы завѣщаніе было вскрыто intra triduum vel quinque dies.

[79] Mühlenbruch. стр. 368 и прим. 26 тамъ же. Mayer, das Recht der Anwachsung bei testamentlichem und gesetzlichem Erbrechte und bey Legaten oder Fideicommissen. стр. 200—205, Webler, Zur Lehre von der sogenannten Transmissio Theodosiana стр. 8. Maynz, Cours de droit romain, изд. 4 § 398.3.

когда они знали бы впередъ о содержаніи завѣщанія, а слѣдовательно, могли бы принять наслѣдство независимо отъ вскрытія завѣщанія, имѣли, благодаря вышеозначенному постановленію, громадный интересъ къ скорѣйшему вскрытію завѣщанія, вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ актъ получилъ, благодаря все той же lex Julia et Papia, уже иное и притомъ существенное значеніе для принятія наслѣдства; онъ явился для сонаслѣдниковъ, легатаровъ и др. новымъ условіемъ пріобрѣтенія на основаніи завѣщательнаго распоряженія. Итакъ, благодаря этому условію, принятіе наслѣдства можетъ быть замедлено, какъ въ случаѣ impedimentum senatusconsulti Silaniani, и при этомъ, конечно, принципъ, что jus adeundi не переходитъ по наслѣдству, какъ и въ случаѣ sc. Silanianum даетъ еще болѣе знать о себѣ наслѣдникамъ призваннаго. Поэтому, находя „крайне незаслуженнымъ, чтобы изъ-за случайности или несчастныхъ случаевъ внуки, внучки или правнуки, правнучки лишились дѣдовскаго или прадѣдовскаго наслѣдства и чтобы, вопреки желанію и назначенію дѣдовскому или прадѣдовскому, другимъ выпало неожиданно на долю благополучіе легата или наслѣдства“, Θеодосіева конституція, которая, кстати сказать, имѣетъ въ виду случай призванія нѣсколькихъ наслѣдниковъ, а не heres ex asse, постановляетъ: „да имѣютъ утѣшеніе въ своей скорби тѣ, кто по справедливости нуждаются въ утѣшеніи“. Такимъ образомъ, конституція Θеодосія, подобно oratio Марка Аврелія, поступилась принципомъ hereditas nisi adita non transmittittur по отношенію къ восходящимъ и нисходящимъ родственникамъ, допустивъ для нихъ въ данномъ случаѣ трансмиссію.

Предоставленіе „утѣшенія“ здѣсь въ формѣ именно трансмиссіи очень характерно для вопроса насколько трансмиссія согласуется съ римскими правовыми понятіями. Lex Papia постановила, что наслѣдственныя доли, которыхъ призванные не получали, за смертію своею до вскрытія завѣщанія,

дѣлаются caduca, и въ силу предписанія императора Каракаллы отходятъ въ казну, но при этомъ lex Papia для liberi и parentes завѣщателя usque ad tertium gradum сохранила jus antiquum, т.-е. положенія о caduca не распространялись на доли указанныхъ лицъ [80]. Ничто не мѣшало ограничить дѣйствіе положенія lex Papia также и въ томъ смыслѣ, что тѣ же нисходящіе и восходящіе завѣщателя могли бы принять наслѣдство, не дожидаясь вскрытія завѣщанія; однако Θеодосіева конституція, вмѣсто того, чтобы ограничить дѣйствіе lex Julia et Papia Poppaea также въ этомъ смыслѣ по отношенію liberi и parentes завѣщателя, устанавливаетъ новый случай трансмиссіи.

Объясненіе историческою связью между Θеодосіевой конституціей и lex Julia et Papia Poppaea, что смерть призваннаго ante apertas tabulas является условіемъ трансмиссіи, находитъ свое основаніе въ нашихъ источникахъ. Объ этой связи упоминаетъ Юстиніанъ въ своей конституціи l. un. C. de cad. tol. 6. 51. Именно въ § 5 этой конституціи Юстиніанъ отмѣняетъ lex Papia Poppaea по отношенію къ caduca и непосредственно за симъ объявляетъ положеніе, что hereditas nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, при чемъ добавляетъ, что это положеніе, конечно, не касается тѣхъ лицъ, которыя имѣетъ въ виду Theodosiana lex super hujusmodi causis inducta [81]; такъ какъ ни о чемъ болѣе не идетъ рѣчи въ этомъ §, какъ объ отмѣняемомъ этой конституціей дѣйствіи lex Papia, то очевидно, что подъ словами super hujus modi causis (casibus) разумѣется лишь lex Papia [82].

Несмотря на подтвержденія источниковъ и на то, что указанная историческая связь сама собою напрашивается

---

80 Ulpianus XVII и XVIII. L. 1 § 1, b. C. de caduc. toll. 6. 51.

81 Текстъ § 5 этой конституціи см. ниже прим. 90 этой главы.

82 Webler, стр. 19.

изъ сопоставленія lex Theodosiana съ отрывками Ульпіана и другихъ о lex Julia et Papia Poppaea, эта связь отрицалась нѣкоторыми юристами. Основаніемъ къ отрицанію послужилъ текстъ самой Θеодосіевой конституціи. Такъ, выраженіе licet non sint invicem substituti навело Hugo, von Löhr, примѣру которыхъ послѣдовали Marezoll и Sintenis, на мысль, что Θеодосіева конституція устанавливаетъ не случай трансмиссіи, а случай законной субституціи. По ихъ мнѣнію, которое, впрочемъ, раздѣляется многими изъ противниковъ теоріи законной субституціи [83], это выраженіе имѣетъ въ виду не наслѣдниковъ, а нисходящихъ назначеннаго: invicem substituti здѣсь именно эти нисходящіе, при чемъ invicem означаетъ не „взаимно", а „одинъ за другимъ" [84]. Поэтому согласно ихъ толкованію это выраженіе слѣдуетъ перевести такъ: хотя нисходящіе назначеннаго наслѣдникомъ не были ему подназначены. Изъ этого толкованія они, далѣе, дѣлали выводъ о законной субституціи, на томъ основаніи, что если конституція Θеодосія говоритъ о томъ, что нисходящіе назначеннаго, хотя бы они не были этому послѣднему подназначены, станутъ на его мѣсто, то значитъ, что конституція рѣшаетъ такъ, какъ будто это подназначеніе не отсутствовало, т.-е. какъ будто оно на самомъ дѣлѣ и было [85].

Однако, выраженіе licet non sint invicem substituti не даетъ само по себѣ никакого повода къ искусственному толкованію, котораго держались сторонники теоріи законной субституціи. Вся часть конституціи почти отъ самаго ея начала, именно отъ filios seu filias и до sine ignoraverint, по серединѣ которой встрѣчаются слова licet non sint и т. д.

---

[83] Niemeyer, § 22, Mayer стр. 325, Mühlenbruch стр. 211 и прим. 30 тамъ же. Vangerow XXV. стр. 460. 6.

[84] См. Webler, стр. 9 въ концѣ.

[85] v. Löhr, стр. 112, Mühlenbruch, стр. 211.

говоритъ исключительно о призванныхъ: такъ слѣдующія за licet и т. д., выраженія: 1) seu cum extraneis, 2) et ante apertas tabulas, 3) sive se noverint... относятся безъ всякаго сомнѣнія къ наслѣдникамъ; далѣе слѣдуютъ косвенное и прямое дополненія: in liberos и hereditatem, затѣмъ sibi, относящееся опять-таки къ подлежащему, и сказуемое posse transmittere [86]. Наконецъ, самое выраженіе invicem substituti является обычнымъ въ источникахъ и употребляется тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о substitutio reciproca, т.-е. о подназначеніи сонаслѣдниковъ другъ другу [87].

Итакъ, ничто въ самомъ текстѣ не даетъ основанія толковать означенное выраженіе въ смыслѣ, въ какомъ толкуютъ его сторонники теоріи законной субституціи, и тѣмъ неожиданнѣе, надо сознаться, встрѣчаемъ это толкованіе у противниковъ [88] этой идеи, у которыхъ нѣтъ никакой причины насиловать прямой смыслъ текста. Что же касается идеи законной субституціи, ради которой такъ искусственно толковалось выраженіе licet non sint и т. д., то она, помимо того, что не вытекаетъ логически изъ этого толкованія, рѣшительно, какъ доказали Vangerow и Mayer, не согласуется ни съ текстомъ Ѳеодосіевой конституціи, ни съ понятіемъ субституціи вообще [89].

Относительно текста нельзя не видѣть, что ни заглавіе титула кодекса, содержащаго Ѳеодосіеву конституцію: De his qui anteapertastabulas hereditates transmittunt, ни способъ выраженія, коимъ предоставляется нисходящимъ стать на мѣсто призваннаго: derelictam sibi hereditariam por-

---

[86] См. Wolff, стр. 19, 20.

[87] § 1 J. de vulg. subst. 2. 15 и l. 36 § 1 D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6; l. 4 § 1, § 2, l. 23; l. 41 § 4 D. eod. tit.

[88] См. выше пр. 83.

[89] См. Mühlenbruch, стр. 211.

tionem posse transmittere, вовсе не даютъ основанія предположить, что эта конституція имѣетъ въ виду законную субституцію. Если даже не видѣть въ словѣ transmittitur въ данномъ его употребленіи техническаго термина, то тѣмъ не менѣе нельзя его считать, въ какомъ бы смыслѣ его ни понимать, сколько-нибудь подходящимъ для обозначенія отношенія между назначеннымъ и подназначеннымъ наслѣдниками: institutus ничего не передаетъ субституту, онъ, какъ и ближайшій родственникъ, въ случаѣ наслѣдованія по закону, лишь предшествуетъ въ наслѣдованіи и тѣмъ исключаетъ слѣдующаго за нимъ субститута; и никто не скажетъ въ случаѣ, когда ближайшій родственникъ не будетъ наслѣдникомъ, что онъ передалъ наслѣдство слѣдующему за нимъ родственнику. Равно рѣшительно противорѣчитъ идеѣ законной субституціи и текстъ l. 1 § 5 C. de caducis tollendis 6.51. Здѣсь Юстиніанъ, заявляя о томъ, что онъ не допускаетъ трансмиссіи, добавляетъ: за исключеніемъ случая, устанавливаемаго Θеодосіевой конституціей [90]. Такимъ образомъ, текстъ Θеодосіевой конституціи не даетъ никакого основанія понимать подъ transmittere что-либо иное, чѣмъ то, что подъ этимъ словомъ разумѣютъ источники, когда говорятъ о трансмиссіи [91].

Идея законной субституціи несостоятельна и по общимъ соображеніямъ. Субституція (substitutio vulgaris) есть не что

---

[90] In novissimo autem articulo, ubi proprie caduca fiebant, secundum quod praediximus, et clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti, censemus et dies legatorum et fideicommissorum secundum quod praediximus a morte defuncti cedere: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex ruper hujusmodi causis inducta loquitur: his nihilo minus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.

[91] Mayer § 114, пр. 1, d, e, f., стр.; 323 и сл. Vangerow, XXV, стр. 457 и сл.; Mühlenbruch, стр. 210.

иное, какъ назначеніе наслѣдника подъ условіемъ „si ille heres non erit"; слѣдовательно, она можетъ, за отсутствіемъ спеціальныхъ оговорокъ въ завѣщаніи, осуществиться, т.-е. субститутъ можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ, коль скоро назначенный въ предыдущую очередь наслѣдникъ отпадаетъ, и притомъ безразлично, напр., deficiente condicione, или вслѣдствіе его отказа отъ наслѣдства, потому ли что онъ умеръ еще при жизни наслѣдодателя, или послѣ его смерти до открытія наслѣдства. Но трудно утверждать, что такова была въ l. un. C. de his 6. 52 мысль законодателя по отношенію къ нисходящимъ назначеннаго. Впрочемъ, сторонники теоріи законной субституціи, согласно ей, утверждаютъ, что въ данномъ случаѣ безразлично когда умеръ назначенный—по смерти завѣщателя или при его жизни, но въ такомъ случаѣ приходится допустить, что lex Theodosiana вводитъ очень существенное измѣненіе въ послѣдствіяхъ praeteritio и въ ученіи о необходимомъ наслѣдованіи, измѣненіе, о которомъ источники рѣшительно нигдѣ ничего не говорятъ. Дѣло въ томъ, что завѣщаніе, въ которомъ восходящій назначилъ наслѣдниками своихъ ближайшихъ нисходящихъ, дѣлается, какъ извѣстно, недѣйствительнымъ, если кто-либо изъ назначенныхъ, имѣющихъ дѣтей, о которыхъ завѣщатель умолчалъ въ своемъ завѣщаніи, умретъ при жизни завѣщателя. Эти дѣти, вслѣдствіе смерти своего родителя, оказываются praeteriti въ техническомъ смыслѣ этого термина [92]. Но разъ дальнѣйшіе нисходящіе, поскольку ихъ parens былъ назначенъ наслѣдникомъ, должны на основаніи Θеодосіевой конституціи считаться субститутами, т.-е. назначенными подъ условіемъ si parens heres non sit, то ни о praeteritio, ни о какихъ-либо ея послѣдствіяхъ не можетъ быть рѣчи [93], между тѣмъ на что

[92] § 2 J. de exhered. lib. 2. 13.

[93] И притомъ не только относительно jus civile, но и относительно преторскаго права, которое, въ случаѣ praeteritio эмансипированныхъ

либо подобное нѣтъ и намека въ источникахъ, въ ихъ многочисленныхъ и подробныхъ положеніяхъ, касающихся необходимаго наслѣдованія [94].

Мало того, выраженіе licet non sint invicem substituti не только не можетъ служить основаніемъ для теоріи законной субституціи, но является новымъ указаніемъ на историческую связь между Θеодосіевой конституціей съ leges caducariae. Это выраженіе, не отличающееся, въ дѣйствительности, само по себѣ ясностью и смущавшее многихъ толкователей, можетъ быть объяснено лишь приведеніемъ конституціи Θеодосія въ связь съ leges caducariae. Что касается попытокъ къ истолкованію этого выраженія, то онѣ вызывались вопросомъ, какое, въ сущности, могла имѣть значеніе субституція сонаслѣдниковъ другъ другу для трансмиссіи. По мнѣнію Марана [95], слова licet non sint invicem substituti приводятъ къ нелѣпому заключенію, что до Θеодосіевой конституціи, если наслѣдники были invicem substituti, и кто-либо нихъ умиралъ ante apertas tabulas, то имѣла мѣсто трансмиссія въ пользу его наслѣдниковъ; поэтому, полагаетъ онъ, слѣдуетъ читать licet s i n t invicem substituti, т.-е. выбросить отрицаніе, и тогда текстъ получаетъ понятный смыслъ, а именно, трансмиссія имѣетъ мѣсто, хотя бы сонаслѣдники были invicem substituti. Такое толкованіе уже потому сомнительно, что требуетъ очень существеннаго измѣненія текста, необходимость какового измѣненія далеко не ясна. По мнѣнію Vangerow [96], смыслъ этого выраженія заключается въ томъ, что императоръ хотѣлъ допустить трансмиссію при условіяхъ,

---

„promittit eis contra tabulas testamenti bonorum possessionem". § 3 J. de exher lib. 2. 13.

[94] Löbenstern, стр. 206. Mayer § 114, прим. 1, е стр. 324. Vangerow XXV, стр. 460. 5.

[95] См. Vangerow XXV, стр. 461, прим. 21.

[96] XXV, стр. 460. 6.

указанныхъ закономъ, даже и въ томъ случаѣ, если бы дальнѣйшіе нисходящіе не были подназначены ближайшимъ, слѣдовательно, въ томъ случаѣ, когда завѣщатель не сдѣлалъ всего отъ него зависящаго, дабы оградить дальнѣйшихъ нисходящихъ отъ невыгоднаго для нихъ дѣйствія leges caducariae. Поэтому въ означенныхъ словахъ текста лежитъ слѣдующее: 1) что законъ этотъ призванъ парализовать дѣйствіе непредусмотрительности завѣщателя, и 2) что въ томъ случаѣ, когда завѣщатель былъ предусмотрителенъ, т.-е. подназначилъ своему ближайшему нисходящему слѣдующаго за нимъ, и чрезъ него нисходящаго, законъ, какъ лишній, не будетъ имѣть примѣненія. Однако, какъ уже было указано, сомнительно, чтобъ подъ invicem substituti разумѣлся бы кто-либо другой, а не сонаслѣдники; засимъ если, согласно Vangerow, отсутствіе субституціи является условіемъ примѣненія lex Theodosiana, то естественнѣе было бы выразить это соотвѣтствующимъ тому выраженіемъ, мы были бы въ правѣ ожидать вмѣсто licet,—si и, наконецъ, прибѣгая къ аргументу, которымъ пользуется самъ Vangerow противъ Maran, скажемъ, что нѣтъ никакой надобности приписывать словамъ переносный смыслъ, когда возможно за ними сохранить ихъ прямой смыслъ. По мнѣнію Dernburg [97], въ словахъ „licet non sint invicem substituti seu cum extraneis seu soli sint instituti antea et pertas tabulas defuncti“, выражено, что трансмиссія имѣетъ мѣсто и тогда, если portio hereditaria должна быть caduca, что и бываетъ, когда дѣйствіе leges caducariae не парализуется взаимной субституціей сонаслѣдниковъ. Это объясненіе намъ кажется, какъ не требующее никакихъ искусственныхъ толкованій, наиболѣе удачнымъ. Могутъ, однако, замѣтить по поводу такого толкованія, что, назначая своихъ

[97] P. III, § 166, пр. 10.

нисходящихъ своими наслѣдниками, нѣтъ нужды во избѣжаніе дѣйствія leges caducariae ихъ подназначать другъ другу, такъ какъ leges caducariae сохранили для нисходящихъ первыхъ трехъ степеней jus antiquum [98]. Но дѣло въ томъ, что наша конституція имѣетъ въ виду этими словами устранить возможное сомнѣніе, если, кромѣ нисходящихъ, были назначены еще другія лица наслѣдниками. Правда, и въ этомъ случаѣ lex Papia сохранила нисходящимъ jus antiquum: если не нисходящій, назначенный наслѣдникомъ, умиралъ ante apertas tabulas, то его часть прирастала къ частямъ нисходящихъ наслѣдниковъ. Но дѣло иначе обстояло, если умершимъ ante apertas tabulas оказывался изъ сонаслѣдниковъ именно-нисходящій. Предположимъ, напримѣръ, что наслѣдниками были назначены сынъ и племянникъ; если племянникъ умиралъ ante apertas tabulas, то доля его прирастала къ долѣ сына, на основаніи jus antiquum, которое сохранилось за сыномъ; если же умиралъ сынъ ante apertas tabulas, то доля его отходила или въ пользу казны, какъ caducum, или къ племяннику, если сынъ и племянникъ были подназначены другъ другу. Итакъ, на основаніи Θеодосіевой конституціи, въ случаѣ, если, напримѣръ, сынъ и племянникъ были подназначены другъ другу, то доля сына, умершаго ante apertas tabulas, могла достаться его нисходящимъ, но могло быть сомнѣніе, распространяется ли одинаково сила Θеодосіевой конституціи и противъ интересовъ казны, т.-е. когда нисходящимъ умершаго является конкурентомъ не сонаслѣдникъ, а казна; такъ, въ данномъ примѣрѣ племянникъ, не будучи подназначенъ сыну наслѣдодателя, не могъ получить по праву приращенія доли сына, а должна была бы получить таковую, какъ caducum, казна. Во устраненіе всякаго сомнѣнія lex Theodosiana и говоритъ, что трансмиссія имѣетъ мѣсто, хотя бы субсти-

---

[98] См. выше, стр. 72.

туціи и не было, и, слѣдовательно, безразлично, были ли нисходящіе назначены одни наслѣдниками, когда о caduca не можетъ быть рѣчи, или съ посторонними.

Еще менѣе успѣха имѣла также оставленная теперь теорія, учившая, что lex Theodosiana содержитъ въ себѣ фикцію, въ силу которой назначенный въ завѣщаніи нисходящій, въ случаѣ если умретъ ante apertas tabulas, считается пріобрѣвшимъ ipso jure, стало-быть безъ aditio наслѣдство, которое онъ по своей смерти передаетъ своимъ нисходящимъ и вмѣстѣ съ тѣмъ наслѣдникамъ, какъ составную часть своего наслѣдственнаго имущества, при чемъ, однако, предоставляется нисходящимъ призваннаго отказаться отъ наслѣдства, выпавшаго ихъ наслѣдодателю, и тогда фикція, въ силу которой наслѣдство считалось пріобрѣтеннымъ, отпадаетъ. Теорія фикціи пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure въ примѣненіи къ heres voluntarius находится, однако, въ непримиримомъ противорѣчіи со складомъ и духомъ римскаго наслѣдственнаго права. Насколько она была бы умѣстна въ ученіи о наслѣдованіи, напр., по французскому праву или по Гражданскому Уложенію Германской имперіи, настолько неожиданно ея появленіе въ ученіи о римскомъ наслѣдованіи heredes voluntarii. Достаточно вспомнить, хотя бы, напримѣръ, о томъ, что душевнобольной sui juris, призванный къ наслѣдованію, никоимъ образомъ не дѣлается наслѣдникомъ, именно потому, что не можетъ совершить актъ принятія; наслѣдство остается открытымъ ему, пока онъ, выздоровѣвъ, не приметъ его, или откажется отъ него, или, наконецъ, не умретъ больнымъ, а тѣмъ временемъ curator его получаетъ лишь временное владѣніе и управленіе наслѣдственнымъ имуществомъ. На что, казалось бы, проще здѣсь также примѣнить фикцію пріобрѣтенія ipso jure, съ тѣмъ, что если наслѣдникъ умретъ, не выздоровѣвъ, или, выздоровѣвъ, откажется отъ наслѣдства, эта фикція отмѣняется. Тщетными поэтому являются попытки

Huschke [99] представитъ эту теорію римской, согласивъ ее съ римскими началами. Huschke доказываетъ, что мысль о трансмиссіи въ пользу нисходящихъ призванныхъ по завѣщанію и умершихъ ante apertas tabulas вовсе не принадлежитъ автору lex Theodosiana; законодатель лишь узаконилъ то, что стремилось получить юридическое признаніе и что, встрѣчаясь при дѣйствовавшемъ правѣ съ препятствіями, не могло безъ помощи законодателя ихъ преодолѣть. Такимъ образомъ, lex Theodosiana лишь пошла навстрѣчу давно назрѣвшей потребности, когда она приведя препятствія и возраженія, которыя стояли на пути возникновенія этой трансмиссіи [1) licet non sint invicem substituti, 2) seu cum extraneis, 3) et ante apertas tabulas defuncti, 4) sive noverint... sive ignoraverint, словомъ nulla huiusmodii praescriptione obstante], устраняетъ ихъ и вводитъ самую трансмиссію. За симъ Huschke указываетъ, что ratio naturalis этой трансмиссіи чисто римская и та же, по которой, напримѣръ, наслѣдство родителей отходитъ къ дѣтямъ, по которой существуетъ институтъ sui heredes, существуетъ институтъ необходимаго наслѣдованія, по которой, наконецъ, удѣляется, при конфискаціи bona damnatorum, часть этихъ bona въ пользу дѣтей и т. д. Однако, всѣ соображенія Huschke лишь указываютъ на нецѣлесообразность того положенія, въ силу котораго нисходящій, назначенный наслѣдникомъ, умирая ante apertas tabulas, тѣмъ самимъ лишаетъ своихъ нисходящихъ и ему наслѣдующихъ того, что по ratio naturalis должно было имъ принадлежать, а вовсе не указываетъ на то, что формой устраненія этой нецѣлесообразности должно быть примѣненіе фикціи пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure призваннымъ. Равно не достигаетъ цѣли ссылка Huschke и Göring [100]

---

[99] Zeitschrift. f. Civ. u. Pr. neue Folge, т. IX, стр. 53.
[100] Göring, стр. 175, 176.

на выраженія sibi tanquam debitam vindicare. Webler [101] справедливо указываетъ на то, 1) что выраженіе „debitam“ прямо, противорѣчитъ теоріи пріобрѣтенія ipso jure: debita означаетъ, что нѣчто еще не принадлежитъ, но должно принадлежать вѣрителю; это слово указываетъ на обязательственное отношеніе, поэтому теоріи фикціи пріобрѣтенія ipso jure наслѣдственной доли будетъ соотвѣтствовать выраженіе tanquam quaesitam, котораго нѣтъ въ текстѣ конституціи, а не выраженіе tanquam debitam, которое тамъ имѣется; 2) употребленіе здѣсь слова vindicare въ связи со словомъ debitam уже само по себѣ указываетъ, что vindicare взято въ не собственномъ смыслѣ: lex Theodosiana, между прочимъ, отмѣняетъ caducorum vindicatio и выраженіемъ sibi—vindicare лишь хочетъ указать на то, что caducorum vindicatio казны теперь замѣнена требованіемъ наслѣдниковъ призваннаго.

Находя связь между lex Julia et Papia и lex Theodosiana, многіе другіе утверждаютъ, что Θеодосіева конституція была призвана устранить тѣ случаи, когда послѣдствія положеній о caduca, заключающіяся въ томъ, что наслѣдственная доля отходила въ казну, становились особенно тяжелыми [102]. Это утвержденіе не вполнѣ точно. Дѣло не въ томъ, что наслѣдственныя доли, которыя предназначались умершимъ ante apertas tabulas дѣлались caducae, а въ томъ что lex Julia et Papia создаетъ препятствіе, задерживающее принятіе наслѣдства, и, увеличивая рискъ не дожить до момента пріобрѣтенія, обостряетъ неблагопріятное положеніе призванныхъ, обусловленное тѣмъ, что jus succedendi не переходитъ по наслѣдству. Не слѣдуетъ упускать изъ вида, что lex Theodosiana относится именно къ тѣмъ лицамъ, коимъ

---

[101] Webler, стр. 20; Vangerow XXV, стр. 476 и сл.

[102] Напр., Vangerow XXV, стр. 440 и сл.; Windscheid, P. III, § 10[illegible], прим. 8; Steppes, стр. 34.

lex Papia сохранила jus antiquum [103], то-есть, слѣдовательно, сохранила право приращенія наслѣдственныхъ долей для filii, filiae, nepotes, neptes, pronepotes, proneptes, и притомъ независимо отъ того, были ли нисходящіе назначены одни или въ качествѣ сонаслѣдниковъ были и другія лица. Впрочемъ, существуетъ мнѣніе, что lex Julia et Papia сохранила jus antiquum не безусловно для восходящихъ и нисходящихъ, а лишь на тотъ случай, если они одни были назначены въ завѣщаніи наслѣдниками; напротивъ, если среди нихъ были назначены и другія лица, то дѣйствуетъ въ полной мѣрѣ порядокъ, установленный lex Papia [104]. При этомъ ссылаются на l. 1 § 1 b C. de cad. toll. 6. 51

> Et cum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur, suis machinationibus et angustiis circumcludens solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes, suum imponere jugum erubuit jus antiquum intactum eis conservans, nos omnibus nostris subjectis sine differentia personarum concedimus.

Какъ видно изъ самаго текста, это мѣсто ни о какомъ подобномъ условіи не упоминаетъ. Тамъ говорится, что lex Papia отмѣнила jus antiquum, сохранивъ его въ цѣлости однимъ восходящимъ и нисходящимъ завѣщателя, если они были имъ назначены наслѣдниками. Упомянутое мнѣніе было бы только тогда согласно съ источниками, если бы l. 1 § 1 cit. читался такъ: cum lex Papia jus antiquum... circumcludens parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum si soli scripti fuerant heredes и т. д.

---

[103] См. выше текстъ къ прим. 98.
[104] Webler, стр. 8.

Но и самая невозможность принять наслѣдство ante apertas tabulas, возникшая благодаря lex Papia, была для lex Theodosiana лишь поводомъ къ появленію; истинная же причина, дѣйствительный факторъ появленія этого закона лежитъ въ несообразномъ, благодаря тому, что jus adeundi не переходитъ по наслѣдству, положеніи нисходящихъ назначенныхъ наслѣдниками своимъ восходящимъ. Такъ, если отецъ назначилъ своего filius emancipatus и посторонняго своими наслѣдниками, и назначенный сынъ умретъ по смерти завѣщателя, но ante apertas tabulas, то безразлично какъ до lex Papia, такъ и при ней, дѣти назначеннаго, а завѣщателя внуки, будутъ лишены той наслѣдственной доли, которую долженъ былъ получить ихъ отецъ и которая до lex Papia прирастала къ долѣ посторонняго назначеннаго сонаслѣдникомъ, а по появленіи lex Papia отходила въ казну, при чемъ обходъ внуковъ происходилъ въ нарушеніе не только воли завѣщателя, но даже и самыхъ принциповъ римскаго наслѣдованія. И дѣйствительно, съ одной стороны, нѣтъ никакого основанія сомнѣваться, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ обходъ внуковъ въ пользу посторонняго совершался противъ воли завѣщателя, на что указываетъ и сама lex Theodosiana (adversum avitum... desiderium vel institutum); съ другой стороны, очевидно, что этотъ обходъ являлся нарушеніемъ духа института необходимаго наслѣдованія, института, призваннаго оберегать интересы ближайшихъ родственниковъ, каковыми вообще являются родственники по нисходящей и восходящей линіямъ. Что истинная и непосредственная цѣль lex Theodosiana заключается именно въ устраненіи указанной несообразности положенія нисходящихъ, независимо отъ воспрещенія принятія наслѣдства до вскрытія завѣщанія,—воспрещенія, послужившаго лишь поводомъ возникновенія lex Theodosiana,—подтверждается самимъ текстомъ этого закона. Въ противоположность тому, что учили Уль-

піанъ и Папиніанъ о transmissio Silaniana, именно, что послѣдняя имѣетъ мѣсто лишь постольку, поскольку запрещеніе было единственной причиной, вслѣдствіе которой призванный умеръ, не принявъ наслѣдства (nihil prodesse impedimentum senatus consulti si et aliud fuit), конституція Θеодосія приходитъ на помощь вообще, когда смерть наступила ante apertas tabulas и, что характерно, безразлично sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint. Эти слова какъ нельзя яснѣе доказываютъ, что lex Theodosiana, возникшая по поводу impedimentum ex lege Papia, имѣетъ въ виду вообще положеніе призванныхъ къ наслѣдованію по завѣщанію нисходящихъ за время отъ смерти завѣщателя до вскрытія завѣщанія. То же самое доказывается и тѣмъ обстоятельствомъ, что lex Theodosiana не только сохранилась въ Юстиніановомъ правѣ, отмѣнившемъ leges caducariae, но и была подтверждена Юстиніаномъ[105] вмѣстѣ съ трансмиссіей названной именемъ этого императора.

Если вѣрно, что Θеодосіева конституція имѣла въ виду вообще положеніе призванныхъ къ наслѣдованію по завѣщанію нисходящихъ за время отъ смерти завѣщателя до вскрытія его завѣщанія (а это, какъ намъ кажется, вытекаетъ изъ вышеприведенныхъ соображеній), то нѣтъ основанія отрицать, что не только въ Юстиніановомъ правѣ, какъ всѣми теперь принято, но и до Юстиніана lex Theodosiana могла быть полезна и для heres ex asse. Правда, что lex Theodosiana говоритъ не о наслѣдникѣ, а о наслѣдникахъ, о наслѣдственной долѣ; далѣе, что поводомъ къ изданію этого закона послужило запрещеніе принять наслѣдство до вскрытія завѣщанія, относившееся лишь къ heredes ex parte и къ легатарамъ. Тѣмъ не менѣе все это указываетъ, самое большее, на то, что поводомъ по-

---

[105] См. l. un. § 5 D. de cad. tollendis 6. 51, привед. выше въ примѣч. 90.

явленія lex Theodosiana было существованіе leges caducariae, и что такое происхожденіе lex Theodosiana отразилось на самомъ текстѣ его. Помимо того, что въ текстѣ нѣтъ ничего, что необходимо заставляло бы утверждать, что конституція Θеодосія различала между heres ex asse и heres ex parte, такое утвержденіе не допустимо по логическимъ основаніямъ. Несомнѣнно, конечно, 1) что, возникая по поводу leges caducariae Θеодосіева конституція могла прежде всего имѣть въ виду heredes ex parte, 2) что положеніе heres ex asse, котораго запрещеніе принять наслѣдство до вскрытія завѣщанія не касается, является менѣе рискованнымъ, чѣмъ положеніе heres ex parte. Поэтому утверждать, что Θеодосіева конституція непремѣнно появилась бы, если бы имѣлось въ виду лишь положеніе heres ex asse, затруднительно: если бы нисходящій умеръ до вскрытія завѣщанія, то его нисходящіе вовсе не нуждаются въ какой-либо трансмиссіи: послѣдніе, во всякомъ случаѣ, призываются къ наслѣдованію дѣду по закону, какъ ближайшіе законные наслѣдники. Но могутъ быть и другіе случаи. Предположимъ, напримѣръ, что нисходящій, назначенный heres ex asse, коему завѣщатель подназначилъ другого наслѣдника, умеръ ante apertas tabulas, не зная о своемъ призваніи и имѣя дѣтей. Если бы онъ былъ heres ex parte, дѣти его не лишались бы его доли, поэтому допустить въ предложенномъ примѣрѣ, что дѣти heres ex asse, т.-е. ближайшіе наслѣдники, лишатся наслѣдства которое перейдетъ постороннему, было бы очевидною несообразностію, и трудно не угадать рѣшенія Θеодосія, если бъ ему въ моментъ изданія его конституціи пришлось рѣшать этотъ случай.

---

[106] Vangerow XXV, стр. 481—484. Равно трансмиссія не ограничивается случаемъ назначенія нисходящаго первыхъ трехъ степеней: см. Vangerow, XXV стр. 492.

Проводимый здѣсь взглядъ на назначеніе transmissio Theodosiana предрѣшаетъ и другой вопросъ, который не такъ согласно рѣшается, какъ предыдущій. Имѣетъ ли transmissio Theodosiana мѣсто лишь послѣ призваннаго умершаго ante apertas tabulas или также послѣ призваннаго умершаго post pertas tabulas? Если lex Theodosiana имѣла въ виду время отъ смерти завѣщателя и до вскрытія завѣщанія, то отсюда никакъ не можетъ вытекать, что она равно относится и ко времени вскрытія завѣщанія, такъ какъ положеніе призваннаго ante apertas tabulas совершенно отлично отъ положенія его apertis tabulis. Въ первомъ случаѣ принять наслѣдство призванному обыкновенно мѣшаетъ, помимо запрещенія, и фактическая невозможность, вытекающая изъ незнанія, что содержится въ завѣщаніи. Съ момента вскрытія завѣщанія это препятствіе, какъ и спеціальное препятствіе запрещенія принять ante apertas tabulas, исчезаетъ. Что lex Theodosiana не относится къ призванному умершему apertis tabulis, доказываетъ и самый текстъ: et ante apertas tabulas defuncti. Противники защищаемаго здѣсь мнѣнія возражаютъ, что текстъ не такъ уже рѣшительно высказывается за ограниченіе трансмиссіи лишь случаями смерти ante apertas tabulas, что, напротивъ, можно извлечь изъ текста также другой смыслъ, подтверждающій болѣе широкое примѣненіе трансмиссіи: именно слово licet, непосредственно предшествующее словамъ non sint invicem и т. д., онио тносятъ къ словамъ et ante apertas tabulas defuncti; выходитъ: „хотя бы они умерли до открытія завѣщанія"; слѣдовательно, само собою понятно, что равно и въ случаѣ смерти послѣ вскрытія завѣщанія [107]. Помимо своей неуклюжести, такая конструкція имѣетъ противъ себя заглавіе Ѳеодосіевой конституціи, прямо указывающее, кого имѣетъ

---

[107] Löhr, Arch. für die Civ. Praxis т. II, 1821, стр. 195. Сравни Wolff. стр. 28 и сл.; Webler стр. 19 и сл

въ виду эта lex (De his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt); возраженіе же [108], что оглавленіе титуловъ не есть текстъ закона, было бы здѣсь только тогда умѣстно, если бъ оглавленіе не соотвѣтствовало содержанію самаго титула, но здѣсь въ виду полнаго согласія названія титула съ его содержимымъ ссылка на оглавленіе титула является во всякомъ случаѣ логическимъ аргументомъ [109].

Тѣ же, въ общемъ, соображенія приводятъ къ тому положенію, что lex Theodosiana не подлежитъ распространенію на лицъ призываемыхъ по закону. Помимо того, что въ конституціи Ѳеодосія только и идетъ рѣчь о призываемыхъ по завѣщанію, ложеніе призванныхъ по закону то же, что и призванныхъ по завѣщанію apertis tabulis [110]: о спеціальномъ препятствіи не можетъ быть рѣчи, а случайностямъ незнанія о своемъ призваніи или другимъ препятствіямъ могутъ быть одинаково подвергнуты какъ призванные по завѣщанію apertis tabulis, такъ и призванный по закону [111].

Наконецъ, изъ понятія трансмиссіи вообще слѣдуетъ: 1) что tranmissio Theodosiana непремѣнно предполагаетъ смерть трансмитента не только до вскрытія завѣщанія, но непремѣнно послѣ смерти завѣщателя [112], 2) что она имѣетъ мѣ-

---

108 Dernburg. P. III, § 166, прим. 10.

109 Vangerow XXV, стр. 461—470; Mayer § 114, пр. 5, стр. 328 и сл., Mühlenbruch, стр. 211 и сл.; Windscheid, P. § 600, прим. 8; Koeppen, Lehrb. стр. 167, пр. 1.

110 Vangerow XXV, стр. 471.

111 Vangerow XXV, стр. 470, 471: Mühlenbruch стр. 215 и слѣд.; Koeppen, Lehrb. § 25, стр. 167, пр. 1. По мнѣнію Dernburg (P III § 116 прим. 7), призываемые по закону не нуждаются въ lex Theodosiana, такъ какъ если successio graduum допускалась въ классѣ нисходящихъ призываемыхъ на основаніи Nov. 118, то эта successio graduum вытѣсняетъ собою право приращенія.

112 Многіе утверждали, что transmissio Theodosiana имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, если трансмитентъ умеръ до смерти завѣщателя, такъ какъ и въ этомъ случаѣ можно де сказать, что онъ умеръ ante apertas

сто лишь въ пользу тѣхъ нисходящихъ призваннаго, которые наслѣдуютъ ему, а слѣдовательно, не отказались отъ наслѣдованія самому трансмитенту: si tamen hereditatem non recusant. Однако этотъ послѣдній выводъ, всѣми теперь признанный, не такъ давно отвергался не только тѣми, которые полагали, что конституція Θеодосія установила законную субституцію, но и сторонникомъ трансмиссіи, Vangerow, которому принадлежитъ лучшая работа о transmissio Theodosiana [113]. Вопросъ о томъ, дѣйствительно ли требуется именно въ силу lex Theodosiana, чтобы нисходящіе призваннаго были его наслѣдниками, существенъ для признанія въ устанавливаемомъ этой lex случаѣ трансмиссіи, какъ мы таковую понимаемъ, именно—какъ переходъ права принятія наслѣдства ad heredes heredis, или вѣрнѣе призваннаго. Разрѣшеніе этого вопроса должно имѣть мѣсто, конечно, не на почвѣ соображеній, вытекающихъ изъ понятія трансмиссіи (что было бы petitio principii), а самихъ источниковъ. Vangerow говоритъ [114], что хотя главной ratio legis и не противорѣчитъ предположеніе, что Θеодосій поставилъ условіемъ трансмиссіи, чтобы трансмиссаръ былъ наслѣдникомъ трансмитента, тѣмъ не менѣе это предположеніе ни въ коемъ случаѣ не вызывается необходимо этой lex, и мы не въ правѣ приписать закону тре-

---

tabulas (см. Vangerow, XXV стр. 443, пр. 5) Однако въ конституціи говорится о назначенныхъ нисходящихъ, что они derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere. Согласно очень вѣрному замѣчанію Huschke (стр. 57 и сл.) о derelicta portio можетъ быть рѣчь лишь, когда умеръ завѣщатель; только тогда объ его имуществѣ говорятъ что оно derelicta; далѣе, слова posse transmittere необходимо указываютъ на то, что трансмитентъ въ моментъ смерти завѣщателя еще жилъ, такъ какъ слово transmittere можетъ быть только примѣнено къ лицу, которое получило то (именно—право принять, съ чѣмъ, конечно, не согласился бы Huschke), что подлежитъ transmitti. См. еще Huschke, стр. 57, прим. 2 и стр. 58, прим. 3.

[113] Arch. fur. civ die Praxis, т. XXV, 1842, стр. 472—481.

[114] Стр. 480 ср. со стр. 472.

бованіе, котораго въ немъ не содержится. Главнымъ аргументомъ у Vangerow является [115] тотъ, что изъ текста закона вовсе не вытекаетъ, что нисходящіе призваннаго въ томъ только случаѣ имѣютъ право на трансмиссію, если они будутъ наслѣдниками трансмитента. Слова текста: ...jubemus... filios и т. д. derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere memoratasque personas si tamen hereditatem non recusant... sibi tanquam debitam vindicare означаютъ только, что filii и т. д. могутъ передать свою наслѣдственную долю и memoratae personae могутъ потребовать эту долю, если они отъ нея не откажутся. Этими словами законодатель хотѣлъ сказать лишь то, что нисходящіе только въ томъ случаѣ получаютъ наслѣдство, къ коему призывался ихъ восходящій, если они таковое пожелаютъ получить, и что полученіе этого наслѣдства для нихъ не обязательно. Итакъ, о какой hereditas въ отпечатанной въ разбивку части текста идетъ рѣчь, о hereditas наслѣдодателя, или о hereditas трансмитента? Если бъ ограничиться только текстомъ Θеодосіевой конституціи, то и въ такомъ случаѣ пониманіе подъ hereditas именно hereditas трансмитента не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній и является безусловно естественнымъ, чего нельзя сказать о толкованіи Vangerow. Прежде всего толкованіе его предполагаетъ стиль этой конституціи еще хуже, чѣмъ онъ на самомъ дѣлѣ есть: выходитъ, будто одно и то же наслѣдство почти рядомъ обозначается разными выраженіями (hereditaria portio, hereditas). Засимъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Windscheid [116], не совсѣмъ ясна необходимость для законодателя, устанавливая случай трансмиссіи, добавить, что hereditas quae transmittitur можетъ быть не принята [117]. Но дѣло въ томъ, что

[115] Стр. 473 и сл.
[116] P. III § 600 прим. 9.
[117] См. также Huschke, стр. 58 и сл.

въ самихъ источникахъ мы имѣемъ указаніе на то, какъ слѣдуетъ понимать вышеозначенное мѣсто. Въ l. un. C. de cad. toll. 6.51 Юстиніанъ прямо говоритъ, что Θеодосіева трансмиссія имѣетъ мѣсто именно въ пользу heredes heredis. Такъ, въ § 5 [118] говоря, что отнынѣ всѣ призванные могутъ принять наслѣдство сейчасъ же по смерти наслѣдодателя, Юстиніанъ приводитъ свое извѣстное „hereditatem etenim nisi fuerit adita," добавляя, однако: „exceptis videlicet liberorum personis de quibus Theodosiana lex... loquitur"; и далѣе въ § 13 онъ говоритъ:

> Cum autem in superiore parte legis (т.-е. сейчасъ упомянутый § 5), non aditam hereditatem minime quibusdam personis ad heredes transmitti disposuimus...

Изъ текстовъ §§ 5 и 13 мы видимъ, что если hereditas transmittitur, то transmittitur именно наслѣдникамъ призваннаго, что и выражено не въ общемъ положеніи, связь котораго съ lex Theodosiana надо было бы еще установить, а по поводу случаевъ, предусмотрѣнныхъ въ § 5, т.-е. transmissio Theodosiana и transmissio Justinianea [119].

Небезразличнымъ для понятія трансмиссіи является также вопросъ, долженъ ли, чтобъ имѣть право на transmissio Theodosiana, нисходящій призваннаго быть если не рожденнымъ, то, по крайней мѣрѣ, зачатымъ къ моменту смерти наслѣдодателя. Вопросъ этотъ нѣкоторыми рѣшался въ утвердительномъ смыслѣ, при чемъ это рѣшеніе исключительно исходило изъ невѣрнаго утвержденія, что lex Theodosiana устанавливала не случай трансмиссіи, а случай законной субституціи [120]. Такъ какъ субституція есть не что иное, какъ назначеніе наслѣдника, а оно дѣйствительно лишь въ

---

[118] См. выше прим. 90, въ которомъ приведенъ § 5.
[119] См. Volff, стр. 30, 31. Windscheid P. § 600 прим. 9.
[120] Büchel, Streitfragen aus Novelle 118, стр. 17.

томъ случаѣ, если назначенный былъ, по крайней мѣрѣ, зачатъ ко времени смерти завѣщателя, то очевидно, что дѣйствительность субституціи тоже зависитъ отъ этого условія. Этотъ вопросъ въ lex Theodosiana, по весьма понятной причинѣ, даже и не затронутъ, а потому вышеозначенное рѣшеніе, вытекая изъ ложнаго представленія о значеніи Θеодосіевой конституціи, тѣмъ самымъ является несостоятельнымъ[121].

Отмѣчая обстоятельства, при которыхъ имѣетъ мѣсто трансмиссія, lex Theodosiana ничего не говоритъ о status familiae трансмитента. Это дало поводъ нѣкоторымъ утверждать, что lex Theodosiana распространяется и на нисходящихъ наслѣдодателя, находящихся подъ его patria potestas.[122] Такое утвержденіе, можетъ-быть, и согласное съ тѣмъ взглядомъ, что lex Theodosiana говоритъ о законной субституціи, является очевидною несообразностью при вѣрномъ пониманіи lex Theodosiana, какъ конституціи, устанавливающей случай трансмиссіи. Если lex Theodosiana имѣетъ въ виду трансмиссію, то именно ту, которая является преемствомъ въ призваніи. Помимо того, что о преемствѣ въ призваніи sui нельзя говорить по законамъ логики, такъ какъ для sui призваніе и пріобрѣтеніе сливаются въ одинъ моментъ, источники категорически заявляютъ, что отсрочка вскрытія завѣщанія не вліяетъ на право suus heres, а также что запрещеніе принять наслѣдство до вскрытія завѣщанія не относится къ sui [123].

Наконецъ, по поводу lex Theodosiana существуетъ въ литературѣ вопросъ, который, хотя и затрогивается сравнительно рѣдко, тѣмъ не менѣе не рѣшается и понынѣ едино-

---

[121] Vangerow XXV стр. 490—492, Koeppen, Lehrb. § 25, стр. 168 прим.

[122] Mühlenbruch стр. 212, Mayer § 114 пр. 2, стр. 326.

[123] l. 3 D de her. inst. 28. 5; l. 3 pr. C. de jure del. 6. 30. Vangerow XXV стр. 485—489.

гласно; при чемъ рѣшеніе его основывается лишь на толкованіяхъ текста, не завися отъ взгляда на назначеніе lex Theodosiana или на трансмиссію вообще. Вопросъ заключается въ слѣдующемъ: должно ли распространить дѣйствіе lex Theodosiana и на усыновленныхъ дѣтей, или ограничиться въ примѣненіи этого закона лишь родными нисходящими? [124] Lex Theodosiana не говоритъ вообще о родныхъ, этотъ законъ беретъ подъ свою защиту лишь filii, filiae, nepotes, neptes, pronepotes, proneptes, иными словами, въ законѣ ясно выражена воля ограничиться лишь родными по нисходящей линіи. Между тѣмъ усыновленный, будь онъ даже plene adoptatus. ни въ коемъ случаѣ не будетъ роднымъ наслѣдодателя по нисходящей линіи, а лишь фиктивнымъ сыномъ, поэтому распространеніе Ѳеодосіевой конституціи на усыновленныхъ будетъ нарушеніемъ ясно выраженной воли законодателя.

Итакъ l. un. C. de his qui ante. 6.52 устанавливаетъ случай трансмиссіи, т.-е. случай наслѣдованія въ правѣ принять или отклонить наслѣдство, открывшееся по завѣщанію, если, по какой бы то ни было причинѣ, призванный не успѣлъ принять наслѣдство, умеревъ до вскрытія завѣщанія. Эта трансмиссія ограничивается лишь наличностью слѣдующихъ данныхъ 1) призванный долженъ умереть, конечно, послѣ завѣщателя, но до вскрытія завѣщанія, 2) призванный долженъ быть нисходящимъ наслѣдодателя, 3) трансмиссарами могутъ быть лишь нисходящіе трансмитента и вмѣстѣ съ тѣмъ, разумѣется, его наслѣдники.

---

[124] За распространеніе дѣйствія lex Theodosiana на усыновленныхъ; наприм. Löhr, Zeitchfrift für Civilr. u. Pr. N. F. т. VII, 1850, стр. 114 и сл. Mühlenbruch стр. 213, Koeppen, Lehrb. стр. 168 прим.; Webler, стр. 23; противъ Vangerow стр. 490 сл.

По мнѣнію, очень распространенному, особенно среди пандектистовъ [125], трансмиссія осуществляется во всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами случаяхъ, за исключеніемъ, впрочемъ, случая, установленнаго lex Theodosiana, не непосредственнымъ переходомъ вмѣстѣ съ наслѣдственнымъ имуществомъ трансмитента права принять наслѣдство, къ коему призывался трансмитентъ, а путемъ in integrum restitutio: со смертію призваннаго, благодаря юридическому препятствію, помѣшавшему ему принять наслѣдство, погибло не только для умершаго delatus, но и для его наслѣдниковъ право принять это наслѣдство, а черезъ то послѣдніе лишаются того наслѣдства, которое они нашли бы въ имуществѣ призваннаго [126].

Что касается источниковъ, то нигдѣ въ нихъ, какъ уже многими указывалось и какъ легко убѣдиться, пробѣжавъ всѣ выше приведенныя мѣста, не упоминается объ in integrum restitutio, когда рѣчь идетъ о трансмиссіи въ случаяхъ непринятія призваннымъ до своей смерти наслѣдства, благодаря тому или другому юридическому препятствію (незнанію или запрещенію), что, впрочемъ, признаютъ и нѣкоторые изъ полагающихъ, будто въ указанныхъ случаяхъ трансмиссія совершается въ формѣ in integrum restitutio [127].

Но мало того, что въ источникахъ нигдѣ не упоминается для данныхъ случаевъ объ in integrum restitutio, нѣкоторыя изъ разобранныхъ нами выше мѣстъ заключаютъ въ себѣ данныя, указывающія, что и не могло быть въ нихъ рѣчи о такой чрезвычайной преторской защитѣ интересовъ наслѣдниковъ призваннаго. Мы выше указали, что изъ всѣхъ до сихъ поръ приведенныхъ случаевъ transmissio Theodosiana

---

[125] Напр. Windscheid, P. § 600. 3; Dernburg, P § 166. 1; Arndts, P § 516; Brinz P. 2-ое изд. III § 389. 6; Maynz III § 398. 1, а также Koeppen, Lehrbuch § 24.

[126] Mühlenbruch стр. 180, Dernburg, P. III § 166. 1 въ концѣ.

[127] Windscheid, P. III § 600 прим. 18.

есть тотъ, о которомъ никто не говоритъ, что въ немъ преемство въ правѣ наслѣдованія совершается съ помощію in integrum restitutio и, конечно, по тому очень вѣрному основанію, что здѣсь помощь исходитъ не отъ претора или чрезъ претора, а отъ императора; императоръ Θеодосій прямо постановляетъ переходъ права принять наслѣдственную долю (posse transmittere, debitam vindicare). Но то же мы видимъ и въ случаѣ, возникшемъ на почвѣ sc. Silanianum, какъ и въ случаѣ заявленія о подложности завѣщанія, въ которомъ наслѣдницей назначена дочь патрона[128]. Не только въ обоихъ случаяхъ нѣтъ рѣчи объ auxilium restitutionis, но прямо указывается, что помощь наслѣдникамъ призваннаго предоставляется постановленіемъ императора Марка: въ одномъ случаѣ наслѣдники просятъ не in integrum restitutio, а права принять на основаніи конституціи (ex constitutione), въ чемъ они и получаютъ удовлетвореніе; въ другомъ императоръ прямо предоставляетъ наслѣдникамъ дочери патрона то, что она должна была бы получить (divus Marcus servavit, subvenit). Итакъ, тѣмъ, которые все-таки полагаютъ, что здѣсь трансмиссія не обходится безъ in integrum restitutio, нѣтъ никакого основанія выдѣлять transmissio Theodosiana изъ всѣхъ прочихъ вышеразсмотрѣнныхъ случаевъ [129].

Съ другой стороны, in integrum restitutio предполагаетъ laesio, которая, если она является имущественной, можетъ быть или damnum emergens, или lucrum cessans, и justa causa, т.-е. наличность такой причины ущерба, которая признается основаніемъ для auxilium restitutionis. Во всѣхъ разсмотрѣнныхъ случаяхъ, то или другое препятствіе къ принятію наслѣдства, конечно, могло причинить призванному значительные убытки; напримѣръ, задержанный въ принятіи наслѣд-

---

[128] См. выше стр. 14 и сл., стр. 18 и слѣд.
[129] P. Göring, стр. 165.

ства призванный понесъ большія потери, потому что его имущество описали и продали, каковое бѣдствіе онъ отклонилъ бы, если бы своевременно получилъ богатое наслѣдство, къ которому онъ призывался. Но о подобныхъ убыткахъ, разумѣется, нѣтъ рѣчи въ разсмотрѣнныхъ выше мѣстахъ источниковъ, ихъ не касается институтъ возстановленія въ прежнее состояніе, такъ какъ этотъ институтъ имѣетъ мѣсто лишь, если понесенный убытокъ является слѣдствіемъ потери права: in integrum restitutio предполагаетъ прежде всего измѣненіе въ правовомъ положеніи лица, которое повлекло для этого лица ущербъ имущественный или хотя бы даже неимущественный[130]. Къ устраненію происшедшаго измѣненія въ правовомъ положеніи лица заключается in integrum restitutio. Но такого измѣненія ни въ какомъ изъ выше приведенныхъ случаевъ, какъ это уже не разъ указывалось въ литературѣ, нельзя усмотрѣть. Во всѣхъ этихъ случаяхъ препятствіе къ пріобрѣтенію наслѣдства ничего не мѣняло въ правовомъ положеніи призваннаго, не лишало его права принять наслѣдство; призванный оставался призваннымъ вплоть до своей смерти и умиралъ призваннымъ. По этому, если бы призванный вздумалъ требовать in integrum restitutio противъ препятствія мѣшающаго ему наслѣдовать, ему объяснили бы, что не въ чемъ ему возстановляться и что его положеніе остается то же. Потому то въ l. 84 de A. v. O. H. и l. 1 § 1 D. ad sc. Tert. призванный проситъ не объ in integrum restitutio, а о другомъ болѣе подходящемъ къ тому, что ему нужно, а именно о bonorum possessio decretalis, которая ему и дается.

Если призванный до самой своей смерти не имѣлъ никакого основанія просить in integrum restitutio по той простой причинѣ, что не въ чемъ было бы его возстановлять,

---

130) Windschied, P. I. § 115. Baron, P. § 103.

то естественно отрицательное отношеніе къ предположенію, что наслѣдникъ призваннаго получаетъ право принять наслѣдство путемъ in integrum restitutio. Въ самомъ дѣлѣ, о реституціи для наслѣдниковъ ex propria persona не можетъ быть рѣчи: препятствіе, изъ-за котораго ихъ наслѣдодатель до своей смерти не успѣлъ принять наслѣдство, ихъ ни въ чемъ не задерживало, и ни это препятствіе, ни какое другое препятствіе не могло лишить ихъ права принятія, котораго они не имѣли; отсюда очевидно, что возстановленіе наслѣдниковъ въ jus adeundi является совершенною несообразностію. Также нельзя говорить о реституціи наслѣдниковъ ex persona defuncti; хотя право на реституцію переходитъ по наслѣдству, тѣмъ не менѣе въ данныхъ случаяхъ, какъ мы выше говорили, нечему и переходить, такъ какъ о реституціи не имѣлъ никакого основанія просить самъ призванный. Впрочемъ, возможность реституціи въ томъ случаѣ, если призванный, не теряя права изъ призванія, умеръ не принявъ наслѣдства, благодаря извѣстному препятствію, представляютъ слѣдующимъ образомъ: въ тотъ самый моментъ, когда возможность вступленія въ наслѣдство исчезаетъ черезъ смерть призваннаго, наступившую еще во время существованія препятствія къ принятію наслѣдства, пріобрѣтается умирающимъ на мѣсто теряемаго права право на in integrum restitutio, которое и переходитъ по наслѣдству къ наслѣдникамъ[131]. При этомъ ссылаются на l. 16. D. de lib. et post. 28. 2[132], по которому suus, назначенный heres ex asse въ завѣщаніи, въ которомъ не упомянутъ postumus, умираетъ до появленія postumus уже въ качествѣ наслѣдника по закону, такъ какъ смертью своею дѣлаетъ testamentum destitutum. Однако ана-

---

[131] Leist, стр. 191 dd. и пр. 8.

[132] См. выше стр. 33 и тамъ же примѣчаніе 14, въ которомъ приведенъ текстъ этой l. 16.

логія съ этой l. 16 нѣсколько рискованна: смерть suus лишь устраняетъ препятствіе, которое мѣшало ему быть наслѣдникомъ по закону: „eo tempore quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore"; слѣдовательно, eo tempore умираетъ онъ, какъ наслѣдникъ по закону. Здѣсь же, напротивъ, смерти приписывается не только устраненіе права изъ призванія, но и созиданіе въ этихъ случаяхъ основанія in integrum restitutio; такимъ образомъ, помимо того, что смерти приписывается несвойственная ей роль источника правъ для ея жертвъ, ей тѣмъ самымъ придается значеніе justa causa restitutionis, чѣмъ, какъ извѣстно, она не можетъ быть.

Но, допустивъ даже, что имѣется налицо laesio, всетаки у призваннаго до самой его смерти нѣтъ необходимости въ чрезвычайной мѣрѣ реституціи. Ему, какъ мы видѣли, предоставляется bonorum possessio decretalis, которая такъ же обезпечиваетъ его наслѣдниковъ, какъ если бъ онъ совершилъ agnitio bonorum possessionis edictalis. Schröder[133] не удовлетворяется этой мѣрой, находя разницу между bonorum possessio decretalis и задержаннымъ пріобрѣтеніемъ наслѣдства. Разумѣется, разница есть, но она не имѣетъ никакого отношенія къ нашему вопросу. Дѣло въ томъ, что со смертью призваннаго прекращается его право на наслѣдство, котораго поэтому наслѣдники его не получатъ. In integrum restitutio можетъ только дать наслѣдникамъ наслѣдство, и притомъ не непосредственно, а путемъ предоставленія имъ права изъ призванія; того же результата достигаетъ, но уже непосредственно, bonorum possessio decretalis. Далѣе, онъ говоритъ: „если призванный, не добиваясь bonorum possessio decretalis, умретъ до устраненія препятствія, наслѣдство всетаки остается неполученнымъ изъ-за препятствія, хотя бы

---

[133] Стр. 441.

пріобрѣтеніе наслѣдства могло быть обезпечено наслѣдникамъ путемъ этой bonorum possessio". Тутъ Schröder впадаетъ, какъ указалъ Krause[134], въ вопіющее заблужденіе. Разъ предоставляется призванному bonorum possessio decretalis, обезпечивающая пріобрѣтеніе наслѣдства, то не вѣрно, что призванному мѣшало пріобрѣсти наслѣдство и оставить его своимъ наслѣдникамъ препятствіе, не позволявшее ему совершить aditio или agnitio bonorum possessionis edictalis.

Итакъ, примѣненіе in integrum restitutio въ нашихъ случаяхъ представляется явленіемъ ненормальнымъ, а потому утверждать, что таковая мѣра можетъ быть примѣнена въ этихъ случаяхъ, можно было бы лишь при непосредственномъ и категорическомъ свидѣтельствѣ источниковъ, каковаго, какъ мы видѣли, не имѣется. Всѣмъ вышесказаннымъ, однако, мы не хотимъ утверждать, что трансмиссія вообще въ формѣ in integrum restitutio не осуществляется; напротивъ, она осуществляется и даже, въ качествѣ исключительнаго явленія, осуществляется при отсутствіи laesio, но, какъ мы сейчасъ сказали, въ случаѣ прямо и спеціально опредѣленномъ закономъ. Къ трансмиссіи въ формѣ in integrum restitutio (transmissiones ex capite inintegrum restitutionis) мы теперь и перейдемъ.

II.

О случаѣ примѣненія трансмиссіи путемъ in integrum restitutio упоминаетъ конституція императоровъ Севера и Антонина отъ 197 г. по Р. Х.

---

[134] Стр. 73 и сл.

l. 1 C. de rest. mil. 2. 50.

Si Valerianus centurio cohortis duodecimae Alpinorum ante vita decessit, quam possessionem acciperet, heres ejus ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est.

Нѣкто Валеріанъ, центуріонъ, умеръ прежде, чѣмъ принять наслѣдство по преторскому праву. Наслѣдникъ Валеріана обратился съ прошеніемъ о предоставленіи ему auxilium in integrum restitutionis; благодаря реституціи, онъ становился въ то положеніе, въ какомъ былъ Валеріанъ, когда послѣдній призывался къ наслѣдованію, и, такимъ образомъ, могъ получить bonorum possessio, которую Валеріанъ не получилъ. Согласно рѣшенію императоровъ, содержащемуся въ приведенной конституціи, удовлетвореніе наслѣдника Валеріана обусловливалось слѣдующимъ обстоятельствомъ: Валеріанъ пропустилъ срокъ, въ теченіе котораго ему полагалось испросить bonorum possessio; пропустивши срокъ (post exactos dies) и, слѣдовательно, лишившись bonorum possessio, которая открылась слѣдующимъ за нимъ лицамъ, онъ умираетъ. Такимъ образомъ, онъ еще до своей смерти потерпѣлъ laesio; эта laesio, однако, была вызвана тѣмъ, что онъ упустилъ испрошеніе bonorum possessio, вслѣдствіе своей absentia rei publicae causa (in militia defunctus), каковая causa является justa causa restitutionis; слѣдовательно, Валеріанъ умеръ, лишившись права на agnitio, но сохранилъ за собою право требовать отмѣны дѣйствія просрочки, словомъ, онъ получилъ право на in integrum restitutio, имѣя на то всѣ данныя, (laesio и justa causa). Какъ извѣстно, право на in integrum restitutio переходитъ по наслѣдству, если срокъ испрошенія реституціи не истекъ въ моментъ смерти наслѣдодателя. Въ данномъ случаѣ Валеріанъ умеръ до истеченія срока на

испрошеніе реституціи, и наслѣдники его, получивъ съ его наслѣдствомъ и имѣвшееся въ немъ право на реституцію, его осуществляютъ: дѣйствіе просрочки Валеріана отмѣняется и наслѣдникамъ его предоставляется принять наслѣдство, которое самъ онъ было упустилъ.

L. 1. C. de rest. mil. не является по формѣ своей общимъ положеніемъ, имѣющимъ въ виду извѣстную группу случаевъ, а равно не рѣшаетъ непосредственно вопроса, имѣетъ ли наслѣдникъ Валеріана право принять наслѣдство, къ которому послѣдній призывался. Эта конституція имѣетъ въ виду лишь одинъ конкретный случай и непосредственно постановляетъ лишь то, что наслѣдникъ Валеріана имѣетъ право на in integrum restitutio ex persona defuncti при указанныхъ условіяхъ (si post exactos dies умеръ Валеріанъ, si in militia defunctus est, si heres ejus auxilium intra annum utile implorabit). Тѣмъ не менѣе l. 1. C. de rest. mil. содержитъ, несомнѣнно, положенія общаго и принципіальнаго значенія. Что эту конституцію нельзя ограничительно толковать, напримѣръ, въ томъ смыслѣ, что трансмиссія въ формѣ in integrum restitutio допустима лишь въ случаѣ, если causa restitutionis будетъ absentia rei publicae causa, видно изъ того что трансмиссія въ этой конституціи поставлена въ зависимость не отъ наличности этой causa, а отъ того, имѣются ли налицо всѣ данныя, требуемыя вообще для предоставленія реституціи. Сказанное подтверждается также и ниже приводимымъ мѣстомъ изъ Дигестъ, въ которомъ Павелъ передаетъ слѣдующее рѣшеніе Сцеволы.

L. 24 § 2 D. de min. 4. 4 (Paulus libro 1 sententiarum).

Scaevola noster ajebat: si quis juvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, si quidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est: si vero jam distracta hereditate et nego

tiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est: multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse.

Итакъ, трансмиссія, осуществляемая путемъ реституціи, имѣетъ мѣсто при наличности какой бы то ни было justa causa restitutionis, хотя примѣненіе этой трансмиссіи не должно быть явленіемъ особенно частымъ, благодаря ограниченности случаевъ, когда призванный имѣетъ основаніе прибѣгать къ in integrum restitutio для возстановленія своего права изъ призванія: случаи потери права принять наслѣдство могутъ чаще всего быть въ преторскомъ правѣ; какъ извѣстно, для испрошенія bonorum possessio полагался срокъ для восходящихъ и нисходящихъ „tam naturalis, quam adoptivis" annus utilis, а для прочихъ centum dierum utilium [135]. Если призываемый въ теченіе этого срока (который начинался во всякомъ случаѣ лишь съ момента, когда призванному было извѣстно о призваніи [136]), не испрашивалъ себѣ bonorum possessio, то delatio для него прекращалась и, смотря по обстоятельствамъ, или доля призваннаго приростала къ долямъ сонаслѣдниковъ, или призывались къ преторскому наслѣдованію лица, которыя призывались бы, если бъ его вовсе не было [137]. Для принятія наслѣдниковъ по jus civile, напротивъ, такого срока не существуетъ, и потому о потерѣ jus adeundi призываемымъ при его жизни, какъ и о потерѣ права на agnitio, пока призванный не знаетъ, что ему открыта bonorum possessio [138], не можетъ быть рѣчи, развѣ имѣются особыя обстоятельства, которыя повели къ потерѣ призваннымъ jus adeundi; такъ, если завѣщатель поставилъ условіемъ

---

[135] § 9 in f. § 11 J. de bon. poss. 3. 9.
[136] L. 5 C. qui admitt. 6. 9; Ulp. XXVIII. 10.
[137] § 10 J. de bon poss. 3. 9.
[138] См. выше прим. 135.

назначенія принятіе наслѣдства въ извѣстный срокъ, или призванный отказался отъ наслѣдства [139].

Нѣкоторые романисты отрицаютъ, и притомъ по двумъ различнымъ соображеніямъ, чтобы l. 1 C. de rest. mil. 2.50 устанавливала трансмиссію и тѣмъ отмѣняла принципъ hereditas nisi adita non transmittitur.

1. Одни изъ нихъ, напримѣръ, Göring, указываютъ на то, что l. 1 C. de rest. mil. имѣетъ въ виду не случай открывшагося наслѣдства, а случай, когда лицо, коему открылось наслѣдство, уже болѣе не призывается къ наслѣдованію, а потому о трансмиссіи, какъ successio in delationem, нельзя тутъ говорить [140]. Такой взглядъ основанъ на недоразумѣніи. Конечно, разъ призванный лишился права на aditio или agnitio, то онъ болѣе не призванъ, и наслѣдство открывается другимъ лицамъ, или происходитъ приращеніе, но вслѣдствіе этого и имѣетъ мѣсто in integrum restitutio: возстановляется то, что было утрачено, и уничтожается послѣдствіе упущенія; слѣдовательно, напримѣръ, delatio въ пользу другихъ лицъ устраняется, и возстановляется прежняя delatio, но такъ какъ то лицо, къ которому эта delatio относилась, умерло, то на основаніи этой же delatio совершаютъ aditio, или, если пожелаютъ, отказываются отъ наслѣдства его наслѣдники, что составляетъ successio in delationem, т.-е. трансмиссію.

2. Другіе, напримѣръ, Buchholtz, не видятъ въ l. 1 C. de rest. mil. никакой трансмиссіи, а лишь осуществленіе въ обыкновенномъ порядкѣ права на in integrum restitutio. „На самомъ дѣлѣ“, замѣчаетъ Buchholtz, „нельзя, строго го-

---

[139] Jus adeundi утрачивалось также въ слѣдующемъ случаѣ, отмѣненномъ Юстиніаномъ (l. 22 § 14 C. de jure del. 6. 30): если призываемый испросилъ себѣ spatium deliberandi, по истеченіи коего онъ не совершилъ, однако, aditio.

[140] Стр. 144.

воря, утверждать, что трансмитируется право наслѣдованія, а только право на in integrum restitutio, что очень обыкновенно и равно обозначается выраженіемъ ad successorem transmittere [141]. Такъ же рѣшительно выражается въ этомъ смыслѣ Steppes" [142]. Однако этотъ случай, о которомъ говоритъ l. 1 C. de rest. mil. является не столь простымъ и само собою понятнымъ. Онъ имѣетъ ту особенность, что путемъ реституціи пріобрѣтается преемственнымъ способомъ строго личное право,—право, столь тѣсно связанное со своимъ субъектомъ, что смертью послѣдняго оно прекращается и для другихъ лицъ. Но понятіе in integrum restitutio не предполагаетъ за этой мѣрой способности превращать право, котораго субъектъ не можетъ мѣняться, не уничтоживъ само право,—въ такое право, на существованіе котораго смѣна субъектовъ не вліяетъ [143]. Представимъ себѣ, напримѣръ, случай, когда узуфруктуаръ лишился своего права чрезъ justa causa restitutionis и, не осуществивъ своего права на реституцію, умираетъ. Несомнѣнно, что право на in integrum restitutio переходитъ по наслѣдству, о томъ ясно и категорически свидѣтельствуютъ наши источники; но нельзя утверждать, чтобы наслѣдникамъ узуфруктуара была какая-нибудь польза въ данномъ случаѣ получить въ наслѣдство право на реституцію: узуфрукта, котораго лишился ихъ наслѣдодатель и который онъ могъ обратно получить чрезъ in integrum restitutio, имъ все равно не получить, такъ какъ таковой прекращается со смертію узуфруктуара и по наслѣдству не переходитъ, точно такъ же, какъ и delatio. Тѣ, которые видятъ въ transmissiones ex capite in integrum restitutionis естественное

---

[141] Стр. 43.

[142] Стр. 59.

[143] Mayer § 113 прим. 18, стр. 314, Mühlenbruch, стр. 232, Sintenis P. III § 204 пр. 4.

и согласное съ правомъ слѣдствіе in integrum restitutio, въ подкрѣпленіе своего утвержденія приводятъ не мало мѣстъ изъ источниковъ, но всѣ эти мѣста рѣшительно говорятъ только о томъ, что in integrum restitutio переходитъ по наслѣдству и вмѣстѣ съ тѣмъ не содержатъ даже косвенныхъ указаній на то, что in integrum restitutio, перейдя къ наслѣдникамъ, дастъ имъ возможность получить право, которое законъ признаетъ неспособнымъ переходить по наслѣдству.

Такъ въ l. 6 D. de i. i. r. 4. 1 [144] (Ulpianus lib. 6 ad edictum) говорится, что не только наслѣдники несовершеннолѣтняго (т.-е. minor XXVa), но и наслѣдники всѣхъ прочихъ наслѣдодателей, имѣвшихъ право на in integrum restitutio, получаютъ таковую по наслѣдству; мало того, если несовершеннолѣтній сдѣлался рабомъ, то право на in integrum restitutio будетъ принадлежать хозяину его. Правда, въ концѣ этого мѣста случай, когда несовершеннолѣтній, впавшій въ рабство, принялъ невыгодное наслѣдство, рѣшается въ томъ смыслѣ, что хозяинъ его имѣетъ abstinendi facultatem. Но тутъ нѣтъ successio mortis causa. Далѣе l. 18 § 5—D. de min. 4. 4 и l. 4 C. de temp. i. i. r. 2. 52 исключительно имѣютъ въ виду вопросъ о переходѣ in integrum restitutio по наслѣдству. О трансмиссіи говорится еще въ приведенномъ выше [145]

---

[144] L. 6 D. de i. i. r. 4, 1 (Ulpianus libro 13 ad edictum). Non solum minoris, verum eorum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum. Sive igitur heres sit sive is cui hereditas restituta est sive filii familias militis successor, in integrum restitui poterit. Proinde et si minor in servitutem redigatur vel ancilla fiat, dominis eorum dabitur non ultra tempus statutum in integrum restitutio. Sed et si forte hic minor erat captus in hereditate quam adierit, Julianus libro septimo decimo digestorum scribit abstinendi facultatem dominum posse habere non solum aetatis beneficio, verum et si aetas non patrocinetur: quia non apiscendae hereditatis gratia legum beneficio usi sunt, sed vindictae gratia.

[145] См. стр. 101 и сл.

l. 24 § 2 D. de min. 4. 4, но тутъ въ формѣ замѣчанія бѣгло сказано не болѣе того, что прямо и категорически и притомъ ad hoc высказано въ l. 1 l. de rest. mil.; наконецъ l. 3 § 9. D. de min 4. 4 (Ulpianus libro 11 ad edictum) гласитъ:

> Pomponius adicit ex his causis, ex quibus in re peculiari filii familias restituuntur, posse et patrem quasi heredem nomine filii post obitum ejus impetrare cognitionem.

Какъ видно изъ текста, это мѣсто даже не касается вопроса о наслѣдованіи въ правѣ на in integrum restitutio, а говоритъ о правѣ pater familias на in integrum restitutio, которую имѣлъ умершій сынъ in re peculiari.

Реституція лишь уничтожаетъ дѣйствіе опредѣленной причины, но въ случаѣ реституціи, о которой говорится въ l. 1. C. de rest. mil. мы видимъ и нѣчто другое, необычное и вмѣстѣ съ тѣмъ противорѣчащее принципу hereditas nisi adita non transmittitur: та самая delatio, которая возстановлена путемъ in integrum restitutio и должна была немедленно вновь прекратиться за смертію delatus, продолжаетъ существовать и обращается къ наслѣдникамъ призваннаго. Реституція могла сдѣлать лишь то, чтобы Валеріанъ считался умершимъ въ качествѣ delatus. И дѣйствительно, наслѣдники, пользуясь правомъ на реституцію, которое получили въ наслѣдствѣ Валеріана, уничтожаютъ послѣдствія просрочки Валеріана; но этого, однако, мало, чтобъ delatio могла пережить лицо, къ которому она относилась, а большаго реституція дать не можетъ. Слѣдовательно, если, въ концѣ концовъ, наслѣдники Валеріана могутъ принять наслѣдство, открывшееся послѣднему, несмотря на то, что смерть (которая не есть justa causa restitutionis) уничтожаетъ delatio, то это можно объяснить не примѣненіемъ реституціи, а дѣйствіемъ особаго основанія: признанія трансмиссіи при условіи реституціонной обстановки.

Итакъ, мы повторяемъ: если потерпѣвшій умеръ не воспользовавшись реституціей, то реституціей могутъ воспользоваться наслѣдники, т.-е. они могутъ потребовать, чтобы фактъ, вызвавшій потерю для ихъ наслѣдодателя извѣстнаго права, былъ лишенъ своего дѣйствія; слѣдовательно, если наслѣдники воспользуются реституціей, наслѣдодатель не будетъ считаться лишившимся даннаго права, и если это право можетъ переходить по наслѣдству, наслѣдники получатъ его съ прочимъ имуществомъ наслѣдодателя; если оно не можетъ переходить по наслѣдству, то наслѣдники не будутъ хлопотать о реституціи, ибо это было бы безцѣльно: въ самомъ дѣлѣ, къ чему хлопотать, чтобъ дѣйствіе факта, уничтожившаго право, было отмѣнено, когда все равно праву суждено уже по другому основанію погибнуть. Мы особенно настаиваемъ на строгомъ отграниченіи дѣйствія реституціи отъ того, что мы разумѣемъ подъ трансмиссіею, такъ какъ отъ такого отграниченія зависитъ правильное уясненіе тѣхъ мѣстъ, о которыхъ рѣчь будетъ сейчасъ ниже. Такимъ образомъ, реституція не является средствомъ обхода принципа hereditas nisi и т. д., а лишь создастъ то условіе, безъ котораго фактически не мыслима трансмиссія: она снова возстановляетъ то, что имѣетъ быть перенесено къ наслѣдникамъ призваннаго, но самый фактъ переноса (трансмиссія) есть самостоятельное отъ реституціи явленіе и результатъ лишь прямого отступленія отъ принципа.

Спрашивается теперь: если призванный до самой своей смерти не былъ лишенъ права принять наслѣдство, но тѣмъ не менѣе не принялъ наслѣдства изъ-за того, что осуществленію jus adeundi мѣшало такое обстоятельство, которое въ случаѣ потери призваннымъ jus adeundi было бы justa causa restitutionis, то будетъ ли имѣть мѣсто трансмиссія? Представимъ себѣ случай, который имѣетъ въ виду l. 1. C. de rest. mil., но съ тѣмъ измѣненіемъ, что Валеріанъ умеръ не

post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, a intra eos dies. Какъ въ случаѣ post exactos dies, такъ и въ случаѣ intra eos dies, главнымъ факторомъ непринятія наслѣдства является смерть in militia (въ первомъ случаѣ смерть помѣшала ему воспользоваться in integrum restitutio); но въ первомъ случаѣ Валеріанъ не только не успѣлъ принять, онъ также лишился права принять, во второмъ же случаѣ онъ лишь не успѣлъ принять наслѣдства, но право принятія сохранилъ. Въ первомъ случаѣ два обстоятельства препятствуютъ трансмиссіи: 1) личный характеръ jus adeundi или agnoscendi, и 2) отсутствіе таковаго права у наслѣдодателя, такъ что нечего было transmittere[146]. Во второмъ же случаѣ препятствуетъ лишь первая причина—личный характеръ aditio и agnitio. Если въ первомъ случаѣ, менѣе благопріятномъ для осуществленія трансмиссіи, допускается таковая, для чего путемъ in integrum restitutio уничтожается дѣйствіе второго препятствія, то можетъ ли быть сомнѣніе въ томъ, что во второмъ случаѣ, который отличается отъ перваго болѣе благопріятными условіями, такъ какъ второго препятствія не существуетъ,—трансмиссія также должна имѣть мѣсто? И дѣйствительно, источники высказываются въ этомъ смыслѣ. Такъ, l. 86 D. de A. v. O. H. 29. 2 приводитъ случай, когда нѣкто въ отсутствіе по государственнымъ дѣламъ (слѣдовательно, по основанію, могущему быть justa causa restitutionis) умеръ прежде, чѣмъ узналъ объ открывшемся ему по завѣщанію наслѣдствѣ. Папиніанъ, которому принадлежитъ это мѣсто, рѣшаетъ, что право принять наслѣдство, котораго призванный не лишился до самой своей смерти, переходитъ къ его наслѣдникамъ:

---

[146] Каковое обстоятельство и приводитъ, какъ было выше упомянуто (стр. 103), Göring къ ученію о трансмиссіи неоткрытаго наслѣдства.

L. 86 pr. D. de A. v. O. H. 29.2 (Papinianus libro 6 responsorum).

Pannonius Avitus cum in Cilicia procuraret heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. Quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. Divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere. Quod et hic humanitatis gratia optinendum est.

Рѣшеніе Папиніана въ пользу наслѣдниковъ призваннаго выражено имъ не въ формѣ прямого заявленія о томъ, что право изъ призванія переходитъ къ наслѣдникамъ delatus, а въ формѣ ссылки на одну императорскую конституцію, разрѣшающую въ одномъ случаѣ реституцію, хотя нѣтъ одного изъ условій ея примѣненія, именно—наличности ущерба для лица, не успѣвшаго принять наслѣдство до своей смерти. Все вниманіе Папиніана въ l. 86 сосредоточено не на successio in delationem, а на предоставленіи наслѣдникамъ призваннаго in integrum restitutio, черезъ которую осуществляется трансмиссія. Выходитъ, что, хотя призванный не нуждался въ реституціи, послѣдняя дается наслѣдникамъ его humanitatis gratia, и возстановленное чрезъ in integrum restitutio право изъ призванія, прекратившееся за смертью своего субъекта, осуществляется наслѣдниками призваннаго. L. 86 скорѣе, чѣмъ l. 1 C. de rest. mil., можетъ навести на мысль объ особой способности in integrum restitutio превращать права, не переходящія по наслѣдству, въ права, способныя быть предметомъ successio mortis causa. Остановимся нѣсколько подробнѣе на l. 86.

Итакъ, нѣкоему Паннону, Авиту, открылось во время его отсутствія по государственнымъ дѣламъ наслѣдство по завѣщанію. Его прокураторъ совершилъ agnitio bonorum possessionis, но Авитъ такъ и умеръ, не узнавши о своемъ назначеніи наслѣдникомъ и не утвердивъ дѣйствій своего procurator, вслѣдствіе чего agnitio оказалась безрезультатной. Наслѣдники, не имѣя, конечно, возможности ни дать нужную ratihabitio, такъ какъ procurator дѣйствовалъ не какъ ихъ уполномоченный, ни самимъ принять наслѣдство, такъ какъ не они призваны къ наслѣдованію,—просятъ, какъ и наслѣдникъ Валеріана, in integrum restitutio. Однако положеніе ихъ, какъ было выше замѣчено, не то же, что положеніе наслѣдника Валеріана: Валеріанъ умеръ post exactos dies, Авитъ же умеръ intra diem aditionis и, слѣдовательно, согласно l. 1 C. de rest mil., наслѣдникамъ его stricto jure никакой реституціи не полагалось. Здѣсь въ текстѣ l. 86 pr. начинается мѣсто, которое своею синтаксическою неправильностью значительно возбудило у комментаторовъ энергію къ филологическимъ изысканіямъ по отношенію къ себѣ. Синтаксическая неправильность этого мѣста заключается въ томъ, что слово filium является дополненіемъ сказуемаго, котораго въ текстѣ нѣтъ. Попытки возстановить искаженный текстъ были различныя. Такъ, одни не считаютъ слова stricto jure и все мѣсто отъ divum tamen Pium до конца за принадлежащія Папиніану и приписываютъ ихъ Трибоніану, другіе предлагаютъ выбросить слово filium [147]. Конечно, отбрасываніе неясныхъ мѣстъ является пріемомъ, который въ примѣненіи вообще ко всему тексту Corpus Juris Civilis значительно упростилъ и сократилъ бы Юстиніанову компиляцію, но врядъ ли выиграла бы при этомъ наука римскаго права. Нѣкоторые предлагаютъ читать „et filium," „et filio"

---

[147] См. Buchholtz стр. 44 прим. 60.

или „et in filio," „filii nomine", или вмѣсто „et filium qui matris", „et filium eique matris," „et filium cui matris," „et filium ejusque matris" [148]. Далѣе предполагаютъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ zeugma: предложеніе qui legationis—et filium и предложеніе, qui matris—possessionem соединяются однимъ глаголомъ amiserat такъ что безъ zeugma мѣсто имѣло бы слѣдующій видъ... in eo qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionis amiserat, absens amiserat и т. д. [149]. Наконецъ, Mommsen вставляетъ между possessionem и absens слѣдующее: „absente patre admittere non potuerat" [150]. Впрочемъ, вопросъ о томъ, чего именно недостаетъ въ данномъ текстѣ, имѣетъ для насъ лишь относительный интересъ, такъ какъ при всемъ своемъ искаженіи это мѣсто ясно по смыслу и понимается комментаторами одинаково [151]. Какъ было сказано выше, stricto jure наслѣдникамъ не полагается никакой реституціи, какъ не полагалось и для Авита. Но Папиніанъ humanitatis gratia рѣшаетъ вопросъ въ ихъ пользу, ссылаясь притомъ на постановленіе императора Антонина Пія, которое Мэціанъ приводитъ въ своихъ Quaestiones. Въ силу этого постановленія нѣкто, бывшій въ отсутствіи, находясь въ Римѣ по дѣламъ государственной службы, въ то время какъ сынъ его призывался къ наслѣдованію послѣ матери и умеръ, не принявъ наслѣдства, за неимѣніемъ на то полномочія отъ отца, получилъ in integrum restitutio sine respectu ejus distinctionis, т.-е. несмотря на то, что сынъ умеръ intra diem aditionis [152].

То же постановленіе Антонина Пія, по общему мнѣ-

---

[148] См. Buchholtz тамъ же; Vangerow XXV стр. 185 пр. 37.

[149] См. Marezoll стр. 81.

[150] См. его изданіе Дигестъ примѣчаніе къ слову possessionem въ l. 86 pr.

[151] См. Mühlenbruch, стр. 160.

[152] См. Leist, стр. 185 и тамъ же примѣч. 99.

нію,[153] имѣется въ другомъ мѣстѣ источниковъ, принадлежащемъ Ульпіану.

L. 30 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2. (Ulpianus libro 8 ad Sabinum).

Cum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset jubere adire in provinciam agentem, divus Pius rescripsit consulibus subvenire ei oportere mortuo filio, eo quod rei publicae causa aberat.

Нѣкто, отсутствуя по государственной надобности, не могъ приказать своему сыну принять наслѣдство, которое открылось послѣднему на основаніи завѣщанія. Тѣмъ временемъ умираетъ сынъ. Отецъ, такимъ образомъ, лишается возможности пріобрѣсти наслѣдство, такъ какъ лица, чрезъ посредство котораго онъ могъ пріобрѣсти таковое, нѣтъ въ живыхъ. Императоръ постановилъ, что слѣдуетъ придти отцу на помощь, такъ какъ онъ отсутствовалъ по государственной надобности.

Въ сущности, случай, о которомъ упоминаютъ Мэціанъ и Ульпіанъ и по поводу котораго состоялось рѣшеніе императора Антонина Пія, совершенно разнороденъ съ случаемъ Авита, относительно котораго предстояло Папиніану дать рѣшеніе. Въ l. 86 pr. мы имѣемъ случай трансмиссіи: право принятія, которое было у Avitus, переходитъ къ его наслѣдникамъ. Въ случаѣ, который имѣетъ въ виду постановленіе императора, напротивъ, ни о какой трансмиссіи не можетъ быть рѣчи, здѣсь право принятія наслѣдства не только не переходитъ къ наслѣдникамъ, но вообще ни къ кому не переходитъ: въ классическомъ правѣ призванный filius familias, какъ таковой, не имѣетъ и не можетъ имѣть наслѣдниковъ

---

[153] Marezoll стр. 98 въ концѣ, Buchholtz стр. 47 пр. 66, Vangerow стр. 187, Mühlenbruch стр. 160. Schröder стр. 412, Mommsen; его изданіе дигестъ примѣчаніе 3 къ l. 86 pr; Windscheid, P. III 600 прим. 13.

за неимѣніемъ собственнаго имущества [154], filius familias хотя бы принявшій наслѣдство, не можетъ считаться дѣйствительнымъ наслѣдникомъ: субъектомъ наслѣдственнаго имущества, къ принятію коего призывается filius familias, ни минуты не будетъ самъ filius familias, а его отецъ или, точнѣе, то лицо in cujus potestate призванный состоитъ.

Marezoll видитъ различіе между случаями, о которыхъ идетъ рѣчь, и въ томъ, что въ l. 86 реституція вообще не должна имѣть мѣста ни ex persona defuncti, такъ какъ defunctus до самой смерти ничего не терялъ, ни ex persona propria, такъ какъ наслѣдникъ defunctus не призывался; напротивъ, въ случаѣ, который имѣется въ виду постановленіемъ императора Антонина, реституція можетъ имѣть мѣсто, такъ какъ здѣсь отецъ возстановляется не въ качествѣ наслѣдника призваннаго сына, а въ качествѣ pater familias [155]. Противъ Marezoll возражаетъ Krause. Неточность утвержденій Marezoll, однако, относительная и касается формальной стороны вопроса, между тѣмъ какъ Krause, возражая Marezoll, впадаетъ въ другую и худшую крайность и неправъ по существу. Krause полагаетъ, будто различія между обоими случаями, что касается примѣненія in integrum restitutio, не существуетъ: въ l. 30 pr. cit. право отца сохранилось до самой смерти сына, такъ же какъ и право вступленія у Авита; тутъ и тамъ absentia является лишь посредственнымъ факторомъ потери права, или, вѣрнѣе, непріобрѣтенія наслѣдства; наконецъ, если бы примѣненіе in integrum restitutio въ l. 30 pr. было столь нормально, то, конечно, этотъ случай не былъ бы предста-

---

[154] Сказанное не касается конечно castrense peculium: „Filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum, fungantur l. 2 D. de sc. Maced. 14. 6 (Ulpianus) Понятіе о peculium adventicium стало возникать лишь при Константинѣ, т. е. приблизительно полтора вѣка послѣ Антонина Пія.

[155] Стр. 72 и сл.; 77 и сл.

вленъ на рѣшеніе императора, такъ какъ proconsul provinciae могъ самъ удовлетворить требованіе отца [156].

Marezoll не правъ въ томъ, что не признаетъ рѣшительно никакихъ возраженій противъ допущенія реституціи въ l. 30 pr. По его мнѣнію, тутъ все обстоитъ благополучно. Krause не правъ въ томъ, что случай примѣненія реституціи по l. 30 pr. и концу l. 86 pr. онъ отождествляетъ съ случаемъ Авита въ l. 86 pr. Если бы онъ придавалъ должное значеніе индивидуальнымъ особенностямъ случая l. 30 pr., то, вѣроятно, онъ не утверждалъ бы, что въ обоихъ случаяхъ absentia rei publicae causa является посредственной причиной непріобрѣтенія наслѣдства призваннымъ. Это его утвержденіе къ тому же мало вяжется съ его пониманіемъ l. 30 pr. Онъ утверждаетъ, и совершенно вѣрно, что реституцію въ l. 30 pr. отецъ имѣетъ ex propria persona [157], между тѣмъ какъ наслѣдники Авита возстановляются въ прежнее состояніе ex persona defuncti; но такой взглядъ предполагаетъ, что отецъ потерпѣлъ при жизни своей ущербъ, что онъ имѣлъ право и его лишился именно вслѣдствіе своей absentia; absentia здѣсь, слѣдовательно, не только задерживала пріобрѣтеніе наслѣдства, но и лишила отца этого пріобрѣтенія. Онъ имѣлъ право до смерти сына пріобрѣсть наслѣдство, и это право онъ упустилъ не по какой-либо другой причинѣ, какъ только потому, что былъ in absentia rei publicae causa; между тѣмъ наслѣдники Авита такого права не имѣли, почему они просятъ in integrnm restitutio ex persona defuncti, который такъ и умеръ, не потерпѣвши никакой laesio. Что, наконецъ, примѣненіе реституціи въ l. 30 pr. не было нормально, въ этомъ Krause совершенно правъ; но онъ ошибается въ опредѣленіи причинъ таковой ненормальности, предпола-

---

[156] Krause, стр. 16 и сл.
[157] Krause, стр. 16.

гая, что онѣ въ обоихъ случаяхъ однородны: сомнѣнія относительно примѣненія реституціи въ l. 30 pr. заключались въ томъ, что отецъ имѣлъ право принять наслѣдство не лично, а черезъ сына: aditio требовала въ данномъ случаѣ участія двухъ лицъ, при чемъ сынъ никакого права чрезъ aditio для себя не пріобрѣталъ, онъ являлся какъ бы procurator, и этотъ quasi-procurator, и притомъ не замѣнимый, умираетъ! Въ этихъ обстоятельствахъ, которыхъ вовсе нѣтъ въ l. 86 pr. и заключается „Bedenken", о которыхъ говоритъ Krause и которые побудили тѣхъ, кому это надлежитъ, обратиться за разъясненіемъ къ императору.

Marezoll по существу совершенно правъ, говоря о реституціи въ l. 30 pr., что „es ist dabei also alles in Ordnung, nichts Ungewöhnliches und Exorbitantes", но не правъ съ формальной стороны. Разсмотримъ ближе случай, о которомъ говоритъ l. 30 pr. Filius familias призывается къ наслѣдованію; все, что пріобрѣтаетъ онъ, пріобрѣтается имъ, въ классическомъ правѣ, отцу. Слѣдовательно, сынъ, совершая aditio, тѣмъ самымъ пріобрѣтаетъ не себѣ, а отцу наслѣдство, къ коему призывается. Но такъ какъ принятіемъ наслѣдства сыномъ не только пріобрѣтаются права для отца, но на отца ложатся долги и вообще обязательства, а обязывать домовладыку путемъ сдѣлокъ не могутъ безъ его согласія ни сынъ ни рабъ, то сынъ лишь тогда можетъ совершить дѣйствительную aditio, если на то имѣлся у него jussus отъ отца; если дѣло идетъ о томъ, чтобы petere bonorum possessionem, то agnitio можетъ имѣть мѣсто безъ jussus, но дѣйствительна она будетъ лишь, когда послѣдуетъ за нею ratihabitio.[158]. Какъ было уже сказано, съ совершеніемъ aditio сыномъ наслѣдство пріобрѣтается отцомъ непосредственно. Это значитъ, что наслѣдство не пріобрѣтается сперва сыномъ и затѣмъ переходитъ

[158] L. 6 pr. § 1, l. 25 § 4 D. de A. v. O. H. 29. 2.

къ отцу: преемство между наслѣдодателемъ и отцемъ назначеннаго въ наслѣдники сына—непосредственное. Положеніе сына, совершающаго aditio jussu patris, совершенно то же, что и положеніе „явнаго“ представителя, пріобрѣтающаго что-либо отъ имени и за счетъ принципала. Поэтому можно сказать, что отецъ призывается къ наслѣдованію черезъ сына, домовладыкѣ открывается наслѣдство черезъ сына, черезъ раба, каковой способъ выраженія не чуждъ источникамъ [159].

Итакъ, 1) въ виду того, что наслѣдство, къ коему призывается filius familias, пріобрѣтается отцомъ непосредственно чрезъ aditio сына и 2) что пріобрѣтеніе совершается, за извѣстнымъ исключеніемъ [160], отцомъ не пассивно, ipso jure, а требуетъ его активнаго участія въ aditio, въ формѣ предварительнаго съ его стороны jussus, то можно сказать, что отецъ въ случаѣ, если его сыну, находящемуся въ его patria potestas, откроется наслѣдство, пріобрѣтаетъ таковое, участвуя вмѣстѣ съ сыномъ въ aditio hereditatis. Въ l. 30 pr. absentia rei publicae causa помѣшала ему дать jussus, иначе говоря, помѣшала его необходимому для пріобрѣтенія имъ наслѣдства участію въ aditio, точно такъже, какъ absentia помѣшала Валеріану въ l. 1 C. de rest. mil. 2.50 принять intra diem aditionis, но отнюдь не такъ, какъ absentia помѣшала въ томъ же Авиту. Это Krause упустилъ изъ вида. У Валеріана было опредѣленное время, чтобъ принять наслѣдство (agnoscere bonorum possessionem), время это ушло безъ того, чтобъ Валеріанъ воспользовался своимъ правомъ, и тѣмъ самымъ потерялъ право еще при жизни своей: причина просрочки и потери права—absentia rei publicae causa. У отца въ l. 30 pr. было также опредѣленное время, чтобы принять наслѣдство

---

159 L. 1 § 3 D. de succ. ed. 38. 9 (Ulpianus libro 49 ad edictum): Per servum delatam bonorum possessionem dominus repudiare potest.

160 L. 6 § 5 D. de A. v. O. H. 29. 2.

(путемъ jussus сыну), именно, пока живъ сынъ; это время ушло безъ того, чтобы отецъ воспользовался своимъ правомъ: тѣмъ самымъ онъ потерялъ право пріобрѣсть наслѣдство; причина просрочки и потери права—та же, что и въ первомъ случаѣ—absentia rei publicae causa. Не такъ случай съ Авитомъ: у него не было срока, онъ умеръ, не лишившись права принять; такимъ образомъ, непосредственной причиной прекращенія права на aditio была смерть призваннаго, а absentia—лишь посредственная причина въ томъ смыслѣ, что, благодаря ей, смерть оказалась причиною прекращенія права. Итакъ, въ случаѣ, который имѣлъ въ виду постановленіе Антонина, и въ случаѣ съ Валеріаномъ absentia—непосредственная причина, въ случаѣ съ Авитомъ—посредственная. За симъ случай l. 30 можетъ обсуждаться по существу, какъ сдѣлалъ это императоръ, или съ формальной стороны. Возможность указанныхъ двухъ точекъ зрѣнія, вызвавъ колебанія, побудила обратиться за рѣшеніемъ къ императору.

По существу дѣло обстоитъ такъ: у отца было право пріобрѣсть наслѣдство черезъ сына, приказавъ послѣднему совершить aditio. Absentia rei publicae causa, помѣшавъ ему своевременно осуществить это право, лишила его наслѣдства. Итакъ, онъ 1) потерпѣлъ laesio (лишился права пріобрѣсть наслѣдство) и 2) по причинѣ, являющейся justa causa restitutionis, у него всѣ данныя для реституціи; почему императоръ Антонинъ постановилъ, что отцу слѣдуетъ subvenire. Таковымъ представляется дѣло по существу, и лишь съ этой точки зрѣнія смотрѣлъ на него Marezoll, почему онъ не видѣлъ ничего необыкновеннаго въ томъ, что въ данномъ случаѣ имѣетъ мѣсто in integrum restitutio. Но тѣ, которые обращались къ императору за рѣшеніемъ своихъ сомнѣній, вѣроятно, видѣли также формальную сторону, которой, кстати сказать, не понялъ Krause.

Формальная сторона заключается въ слѣдующемъ. Отецъ

не единственное дѣйствующее лицо въ пріобрѣтеніи себѣ наслѣдства, за его jussus должна послѣдовать самая aditio, въ силу которой отецъ пріобрѣтаетъ наслѣдство, но которая должна непремѣнно быть совершена не кѣмъ другимъ, какъ лицомъ, призваннымъ къ тому, т.-е. въ данномъ случаѣ сыномъ. Но сынъ умираетъ, не совершивъ aditio, такъ какъ не получилъ jussus отъ отца. Если бъ filius familias лишился при жизни своей права на aditio по justa causa restitutionis, то, вмѣсто утраченнаго права, онъ получилъ бы право на реституцію, которымъ онъ, осуществивъ таковое, возстановляется въ утраченномъ правѣ, а отецъ даетъ jussus и дѣлается наслѣдникомъ. Если же filius умретъ не воспользовавшись in integrum restitutio, то ею пользуется отецъ [161] jure peculii. Осуществивъ in integrum restitutio, отецъ находится въ такой же возможности пріобрѣсти наслѣдство, въ какой находятся наслѣдники Валеріана, получивъ реституцію. Въ данномъ же случаѣ сынъ умеръ intra diem aditionis, слѣдовательно, не пріобрѣтя права на реституцію. Спрашивается, достаточно ли, что отецъ потерялъ свое право на пріобрѣтеніе наслѣдства чрезъ absentia rei publicae causa, словомъ что въ лицѣ его сосредоточились всѣ условія реституціи, или же въ виду того, что онъ не одинъ участвуетъвъ фактѣ пріобрѣтенія исключительно въ его пользу наслѣдства и что, кромѣ его jussus, требуется и aditio со стороны сына,—нужно, чтобы условія реституціи сходились въ лицѣ сына. Антонинъ разрѣшилъ вопросъ, какъ мы видѣли, пожертвовавъ формальной точкой зрѣнія, и постановилъ, что sine ejus distinctionis (т.-е. хотя бы сынъ умеръ intra diem aditionis [162]), должна имѣть мѣсто in integrum restitutio, разъ въ лицѣ отца соединились всѣ условія реституціи.

---

[161] L. 3 § 9 D. de min. 4. 4 см. выше стр. 40, гдѣ это мѣсто приведено.
[162] См. Marezoll стр. 79 и выше стр. 111.

Что точка зрѣнія, которою пренебрегъ Антонинъ, чисто формальная, слѣдуетъ изъ того, что право на наслѣдство имѣетъ только отецъ, у сына (filius familias), какъ у раба, коему delata est hereditas нѣтъ никакого права: сынъ совершаетъ aditio точно такъ же, какъ совершилъ бы ее рабъ, но никто не будетъ утверждать, что у раба есть право на aditio, что если онъ это право потерялъ при жизни по justa causa restitutionis, то имѣлъ бы право на реституцію. Отсутствіе реальнаго права у призваннаго и дѣлаетъ то, что вопросъ о томъ, чтобъ условія реституціи сосредоточились на filius familias, является вопросомъ формы. Итакъ „Bedenken", о которыхъ говоритъ Krause и которыя смущали проконсула, заключались не въ томъ, что absentia не была непосредственной въ данномъ случаѣ justa causa restitutionis, а въ томъ, что не знали какъ быть съ вопросомъ о формальной сторонѣ дѣла, возникшемъ потому, что aditio должна быть совершена не тѣмъ лицомъ, которое имѣетъ быть наслѣдникомъ, а его сыномъ или рабомъ. На томъ, что случай, который имѣлся въ виду постановленіемъ Антонина Пія, совершенно отличенъ, что касается условій примѣненія реституціи, отъ того, по поводу котораго Папиніанъ былъ призванъ дать свое рѣшеніе, мы настаиваемъ еще потому, что пониманіе Krause l. 30 pr. совершенно послѣдовательно приводитъ его къ выводу совсѣмъ неправильному, не имѣющему никакихъ подтвержденій, ни прямыхъ, ни косвенныхъ, въ тѣхъ мѣстахъ нашихъ источниковъ, которые говорятъ ex professo о реституціи. Krause утверждаетъ, что въ l. 30 pr. провозглашенъ принципъ, что если justa causa является хотя бы лишь посредственной причиной непріобрѣтенія наслѣдства, реституція можетъ имѣть мѣсто [163].

Какъ выше было сказано, случай Авита (l. 86 pr.) тѣмъ

---

[163] Krasue, стр. 31.

отличается отъ случая Валеріана (l. 1 C. de rest. mil.), что условія примѣненія трансмиссіи являются здѣсь болѣе благопріятными: не требуется возстановить jus adeundi для того, чтобы оно перешло къ наслѣдникамъ Авита. Потому-то responsum Папиніана содержитъ рѣшеніе въ пользу трансмиссіи, но при этомъ для своего рѣшенія Папиніанъ прибѣгаетъ, повидимому, къ ненужному и неправильному пріему: онъ заявляетъ, что наслѣдники могутъ получить реституцію, хотя таковой не имѣлъ призванный, и ссылается на постановленіе Антонина, касавшееся случая, не имѣющаго ничего общаго съ случаемъ Авита. Впрочемъ, ссылку на конституцію Антонина Папиніанъ, очевидно, основывалъ не на мнимомъ тождествѣ обоихъ случаевъ, а на фактѣ, что subtilitas juris не помѣшала императору руководиться соображеніемъ по существу, humanitatis ratione: что непримѣнимость реституціи въ случаѣ Авита мѣшаетъ трансмиссіи, это есть subtilitas, какъ и смерть призваннаго сына intra diem aditionis, для реституціи; какъ Антонинъ пренебрегъ той формальностью и допустилъ реституцію, такъ и Папиніанъ пренебрегаетъ этой формальностью и рѣшаетъ въ пользу трансмиссіи: должно поступить такъ, какъ будто реституція имѣется.

Однако, какъ мы выше замѣтили [164], l. 86 pr., какъ бы въ противность нами сказаннаго вначалѣ о реституціи, свидѣтельствуетъ о способности реституціи превращать не наслѣдуемыя права въ наслѣдуемыя: какъ видно изъ l. 86 pr. наслѣдники хлопотали именно объ in integrum restitutio и, разумѣется, хлопотали не ради ея самой, а вслѣдствіе того, что въ ней они видѣли средство получить наслѣдство. Далѣе, Папиніанъ не заботился бы обосновать возможность признанія за ними реституціи, если бъ не видѣлъ также въ рести-

---

[164] См. стр. 109.

туціи означенной способности, а поступилъ бы гораздо проще, прямо признавъ въ данномъ случаѣ трансмиссію.

Понятіе трансмиссіи не явилось въ римскомъ правѣ готовымъ и выраженнымъ въ общемъ положеніи; сперва явились отдѣльные случаи трансмиссіи, а затѣмъ трансмиссія начала проникать въ правовое сознаніе, какъ извѣстный принципъ. Повидимому, первая брешь въ принципѣ hereditas nisi adita и т. д. образовалась на почвѣ in integrum restitutio, при чемъ, конечно, не было признано за реституціей той силы, которую ей приписываетъ теорія, не признающая въ l. 1 C. de rest. mil. трансмиссіи, то-есть, не было признано за реституціей при переходѣ ея по наслѣдству власти перенести на наслѣдника и ненаслѣдуемыя права, но была лишь допущена въ случаяхъ in integrum restitutio трансмиссія, а это не то-же самое, такъ какъ въ первомъ случаѣ пришлось бы признать, что при переходѣ по наслѣдству in integrum restitutio переходятъ и всѣ прочія, тѣсно связанныя съ личностью наслѣдодателя права, напр. личные сервитуты и пр. Итакъ, реституція является лишь обстановкой, при которой допустимо было отступленіе отъ принципа hereditas nisi adita non transmittitur. Такъ какъ трансмиссія явилась нарушеніемъ основного принципа наслѣдственнаго права, о нерушимости котораго еще Юстиніанъ такъ торжественно заявлялъ въ l. un. § 5 C. de cad. toll. 6. 51, то понятно, что она допускалась первоначально исключительно въ предѣлахъ реституціонной обстановки. Гдѣ такой обстановки не было, не могла быть трансмиссія. Однако, это ограниченіе носило чисто формальный характеръ и потому оно было обречено на отмѣну. Въ самомъ дѣлѣ, между in integrum restitutio и трансмиссіей нѣтъ никакой органической связи: въ первомъ институтѣ нѣтъ ничего такого, изъ чего необходимо долженъ возникнуть второй, а равно нѣтъ ничего такого въ природѣ обоихъ институтовъ, что обрекало бы трансмиссію

на существованіе лишь въ предѣлахъ реституціи. Условія той трансмиссіи, которая имѣла мѣсто при реституціонной обстановкѣ, лежатъ, слѣдовательно, не въ природѣ in integrum restitutio, а въ измѣненіи жизненнаго значенія принципа, исключавшаго трансмиссію. Поэтому, когда были налицо всѣ данныя для существованія трансмиссіи, но не всѣ данныя для in integrum restitutio, возникалъ вопросъ, какими интересами жертвовать: формализма, интересами stricti, subtilis juris, или интересами цѣлесообразности, humanitatis. Въ l. 86 pr. Папиніанъ жертвуетъ принципомъ формализма; но въ виду того, что трансмиссія не является признаннымъ принципомъ, онъ въ своемъ responsum озабочивается о наличности обычной обстановки для примѣненія трансмиссіи, что и объясняетъ его построеніе трансмиссіи на фиктивномъ фактѣ реституціи. Такимъ образомъ, l. 86 pr., въ противность первому впечатлѣнію, которое она можетъ произвести, скорѣе указываетъ на несущественность того, будетъ ли налицо in integrum restitutio, или нѣтъ, или, иначе говоря, предостерегаетъ отъ несвойственнаго природѣ этого института расширенія его дѣйствія.

Сравнимъ теперь l. 86 pr. съ l. 1 C. de rest. mil. 2. 51 и отыщемъ, что есть общаго между ними, что могло создать одинаковое рѣшеніе для обоихъ случаевъ, поскольку оно относится къ самой трансмиссіи. Въ обоихъ случаяхъ призванный умеръ, не успѣвъ принять наслѣдства; въ томъ и другомъ случаѣ призванный не принялъ наслѣдства, такъ какъ умеръ въ отсутствіи по государственнымъ дѣламъ: Valerianus in militia defunctus est, Avitus cum in Cilicia procuraret vita decesserat. Вотъ обстоятельства, общія обоимъ случаямъ и притомъ существенныя для опредѣленія условій трансмиссіи. Что касается условія для допущенія реституціи—смерти post exactos dies, то такого въ случаѣ, представляемомъ l. 86 pr., нѣтъ, и тѣмъ не менѣе этотъ случай рѣшается такъ же, какъ

и первый (l. 1 C. de rest. mil). Такимъ образомъ, изъ сравненія этихъ мѣстъ получается тотъ выводъ, что для такъ называемой transmissio ex capite in integrum restitutionis требуется, чтобъ непринятіе наслѣдства до смерти обусловливалось причинами, которыя могутъ явиться justa causa restitutionis, откуда названіе разсматриваемыхъ случаевъ трансмиссіи transmissio ex capite in integrum restitutionis.

Положеніемъ, которое мы сейчасъ высказали, рѣшается уже вопросъ о предѣлахъ толкованія l. 86 pr. безъ того, чтобы изслѣдовать вопросъ, поскольку конкретныя особенности случая, имѣющагося въ виду въ l. 86 pr., вліяютъ на разрѣшеніе въ этомъ случаѣ трансмиссіи. Дѣло въ томъ, что наша точка зрѣнія на значеніе вообще in integrum restitutio освобождаетъ насъ отъ разрѣшенія недоумѣній, къ которымъ необходимо приходятъ тѣ, кто предполагаютъ въ реституціи силу превращать ненаслѣдуемыя права въ наслѣдуемыя. Для тѣхъ же, которые держатся вышеуказаннаго взгляда на реституцію, вопросъ о предѣлахъ примѣненія трансмиссіи на основаніи l. 86 pr., сложился такъ: трансмиссія совершается путемъ in integrum restitutio, какъ это доказываетъ l. 1 C. de rest. mil.; далѣе, по l. 86 pr. имѣетъ мѣсто трансмиссія чрезъ in integrum restitutio, несмотря на то, что не всѣ условія для реституціи налицо; ясно, что или только повидимому не всѣ условія реституціи налицо, или есть какая-нибудь особенность у даннаго случая, въ силу каковой, не въ примѣръ другимъ случаямъ, обстоятельство, которое, при непосредственномъ своемъ воздѣйствіи на потерю права, считалось бы justa causa restitutionis, считается за таковую же, хотя оно является лишь непосредственной причиной потери наслѣдства, и такимъ образомъ только при наличности этой особенности in integrum restitutio имѣетъ мѣсто не при обычныхъ условіяхъ. Какая же эта особенность? Надъ отыска-

ніемъ ея и потрудились всѣ тѣ, которые держались ограничительнаго толкованія l. 86 pr.

Эту особенность видѣли въ томъ обстоятельствѣ, что въ l. 86 pr. дѣло идетъ о реституціи въ правѣ не на agnitio, а на ratihabitio, которую не успѣлъ дать Авитъ. Приведемъ въ немногихъ словахъ взглядъ Marezoll на l. 86 pr. [165]. Въ случаѣ, предусматриваемомъ этимъ мѣстомъ, никто не потерпѣлъ ущерба изъ-за непринятія наслѣдства, ни призванный, ни его наслѣдникъ. Поэтому, разумѣется, наслѣдникъ призваннаго не можетъ путемъ реституціи принять наслѣдство, къ которому призывался его наслѣдователь ни ex propria persona, ни ex persona defuncti, а безъ наличности ущерба реституція невозможна. Но Папиніанъ, ссылаясь хотя и на неподходящій случай, рѣшаетъ въ пользу наслѣдниковъ призваннаго. Однако, рѣшеніе не можетъ быть распространено ни на какіе другіе случаи, ибо 1) ограничительное толкованіе предуказывается самимъ характеромъ рѣшенія: самъ Папиніанъ выставилъ свое рѣшеніе какъ нѣчто необыкновенное, humanitatis gratia; 2) ограничительное толкованіе находитъ свое основаніе въ той особенности даннаго случая, что procurator уже совершилъ agnitio, каковое обстоятельство и повліяло на Папиніана въ рѣшеніи даннаго случая. Ссылаясь на l. 16 D. de B. P. 37. 1, Marezoll присовокупляетъ, что римское право не всегда ужъ такъ строго относилось къ требованію ratihabitio для agnitio, совершенной въ пользу призваннаго другимъ лицомъ. Это утвержденіе, однако, противорѣчитъ категорическимъ опредѣленіямъ тѣхъ мѣстъ нашихъ источниковъ, текстъ которыхъ не даетъ повода ни къ какому сомнѣнію относительно своей правильности, наконецъ, это утвержденіе не согласуется ни съ тѣмъ, что намъ извѣстно по римскому праву о природѣ акта принятія наслѣдства,

---

[165] Marezoll, стр. 70—82.

ни съ понятіемъ представительства [166]. Какъ извѣстно, если procurator совершитъ agnitio согласно jussus призваннаго, то, какъ и въ случаѣ aditio jussu delati [167], призванный дѣлается наслѣдникомъ въ моментъ полученія прокураторомъ bonorum possessio, но при томъ, однако, условіи, чтобы съ момента порученія и до момента совершенія прокураторомъ agnitio призванный обладалъ дѣеспособностью, требуемой для agnitio, т.-е чтобъ онъ былъ въ состояніи, если бы того пожелалъ, юридически отмѣнить свое порученіе, и слѣдовательно, не-отмѣна таковаго вплоть до совершенія прокураторомъ agnitio являлась бы результатомъ сознательной воли призваннаго. Поэтому если delatus, давши порученіе, дѣлался сумашедшимъ къ моменту agnitio, то таковая не имѣла силы, несмотря на данный представителю jussus [168]. То же слѣдуетъ сказать еще съ большимъ основаніемъ въ случаѣ, если прокураторъ совершитъ agnitio безъ предварительнаго на то порученія со стороны призваннаго. Agnitio, совершенная безъ порученія на то, безъ jussus, въ отличіе отъ aditio, которая будучи совершена безъ jussus, вовсе недѣйствительна, будетъ дѣйствительна лишь постольку, поскольку воспослѣдуетъ ratihabitio отъ призваннаго, въ пользу котораго совершена agnitio [169]. Итакъ, какъ явствуетъ изъ сказаннаго,

---

[166] Leist, стр. 163 и сл.

[167] L. 25, § 7 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[168] L. 48 D. de A. v. O. H. 29. 2 (Paulus libro 1 manualium): si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et postquam ille petit, furere coeperit, nihilo minus adquisita est ei bonorum possessio. Quod si antequam ille petat, is qui mandavit petendum furere coeperit, dicendum est non statim ei adquisitam bonorum possessionem: igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari.

[169] Что ratihabitio является условіемъ sine qua non дѣйствительности agnitio, говорятъ слѣд. мѣста: l. 7 D. ratam rem 46. 8 (Paulus lib. 3 sententiarum): Si is, cui ignoranti petita est bonorum possessio, decesserit, heres ejus intra tempora petitionis ratam eam habere non potest. L. 24 pr. eod., l. 3, § 7 D. de B. P. 37. 1 l. 48 D. de A. v. O. H. 29. 2 (приведена въ предыдущемъ замѣчаніи).

не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что совершенная прокураторомъ agnitio, согласно источникамъ, рѣшительно не имѣетъ никакого юридическаго значенія, если за нею не послѣдуетъ ratihabitio. Утверждая противоположное, Marezoll ссылается, какъ мы сказали, на

> **1. 16 D. de B. P. 37. 1** (Paulus libro 3 sententiarum):
>
> Quotiens is, cui bonorum possessio ab altero postulata est, furere coeperit, magis probatum ratum eum videri habuisse: rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet.

Дѣйствительно, здѣсь мы имѣемъ нѣчто прямо противорѣчащее тому, что тотъ же Павелъ говоритъ въ l. 7 D. ratam rem 46. 8 и l. 48 D. de A. v. O. H. 29. 2 [170]. Mommsen предлагаетъ вставить послѣ magis probatum ratum eum слово non. Во всякомъ случаѣ, нельзя признать за правильный пріемъ построеніе на спорныхъ положеніяхъ. Противъ того, чтобъ agnitio прокуратора имѣла какое-нибудь значеніе въ рѣшеніи Папиніана, говоритъ и то соображеніе Steppes [171], что во всей l. 86 pr. нѣтъ и намека на что-либо подобное; напротивъ, рѣшеніе свое Папиніанъ связываетъ съ рѣшеніемъ случая, въ которомъ рѣчь идетъ о совершеніи agnitio, а не ratihabitio: не сказано, что сынъ того, qui legationis causa Romae erat совершилъ agnitio. Такимъ образомъ, мы приходимъ къ заключенію, что особенность l. 86 pr., заключающаяся въ томъ, что agnitio была совершена прокураторомъ, и лишь ratihabitio не успѣла послѣдовать, не играетъ никакой роли въ рѣшеніи Папиніана.

Buchholtz [172] точно такъ же, какъ Marezoll, видитъ въ l. 86 pr. реституцію права не на agnitio, а на ratihabitio, при этомъ

---

[170] См. прим. 168 и 169.
[171] Стр. 78, прим. 22.
[172] Стр. 44—47.

основаніемъ допущенія реституціи (Billigkeitsgründe) онъ считаетъ rei publicae causa absentia и связанную съ ней justa ignorantia. Кстати замѣтимъ, Buchholtz, во всякомъ случаѣ, не признаетъ, чтобъ l. 86 pr. устанавливала трансмиссію. Согласно выставленному имъ [173] понятію трансмиссіи, она заключается въ томъ, что призванный къ наслѣдованію передаетъ своимъ наслѣдникамъ свое извѣстное ему, но не осуществленное право принять открывшееся ему наслѣдство или отказаться отъ него. Однако, какъ бы тамъ ни было, вопросъ о знаніи или незнаніи призваннаго объ открытіи ему наслѣдства, какъ доказалъ Leist, ровно никакого значенія въ рѣшеніи Папиніана не имѣетъ. Незнаніе объ открытіи наслѣдства имѣетъ въ l. 86 pr. значеніе только для истеченія срока, въ который agnitio или ratihabitio должны имѣть мѣсто; такъ какъ этотъ срокъ есть tempus utile, то теченіе его не могло начаться, пока Авитъ не узналъ о своемъ призваніи. Дѣло поэтому нисколько не измѣнилось бы, если бы Авитъ зналъ о своемъ призваніи и, не успѣвъ рѣшить, умеръ до истеченія срока для agnitio или ratihabitio: онъ также умеръ бы intra diem aditionis. Зато вѣрнымъ является указаніе Buchholtz на absentia rei publicae causa, какъ на ту особенность даннаго случая, которою руководился Папиніанъ въ своемъ рѣшеніи, но и тутъ, благодаря приписыванію институту in integrum restitutio не свойственной ему способности, далѣе этого вѣрнаго указанія идти онъ не могъ, не покидая правильнаго пути. Между тѣмъ, какъ мы видимъ въ absentia rei publicae causa основаніе, по которому въ случаѣ l. 86 pr., имѣетъ мѣсто трансмиссія, Buchholtz въ absentia rei publicae causa видитъ основаніе къ реституціи, что не согласуется съ ученіемъ о реституціи, ибо подъ justa causa restitutionis

---

[173] Стр. 27 и 46.

источники разумѣютъ лишь факты, являющіеся непосредственной причиной laesio. Это обстоятельство тоже не ускользнуло отъ вниманія Buchholtz, Vangerow и др., но послужило имъ основаніемъ для утвержденія, что absentia rei publicae causa является условіемъ примѣненія въ данномъ случаѣ реституціи сама по себѣ, а не въ качествѣ лишь одной изъ justae causae restitutionis. На этомъ особенно подробно останавливается Vangerow. „Реституція,—говоритъ Vangerow,—въ случаѣ, о которомъ упоминаетъ l. 86 pr., не можетъ быть на общемъ основаніи: что наслѣдодатель умеръ прежде, чѣмъ узналъ о своемъ призваніи, это—несчастная случайность, противъ которой реституція не могла имѣть мѣста". Если же, тѣмъ не менѣе, здѣсь оказывается помощь наслѣднику призваннаго, то, несомнѣнно, этотъ случай является исключительнымъ случаемъ, по отношенію котораго дѣйствуетъ исключительная норма, и потому нельзя на основаніи этого случая строить общаго положенія. На основаніи такихъ соображеній Vangerow допускаетъ рѣшеніе Папиніана въ l. 86 pr. лишь для случая, который въ своемъ рѣшеніи имѣлъ въ виду Папиніанъ. Итакъ по Vangerow только въ случаѣ, если призванный не могъ принять открывшагося ему наслѣдства изъ за своей absentia rei publicae causa, возможно, принимая въ особенное вниманіе эту absentia, предоставить реституцію наслѣдникамъ призваннаго [174].

Mühlenbruch [175] также видитъ въ absentia rei publicae causa основаніе, повліявшее не въ примѣръ прочимъ justae causae restitutionis на рѣшеніе Папиніана, и также стоитъ за ограничительное толкованіе: всѣ случаи трансмиссіи—исключенія изъ правила, говоритъ онъ, слѣдовательно, они jura singularia, аномаліи. Но при этомъ Mühlenbruch, указывая, что

---

[174] Vangerow, XXIV, стр. 183—187.
[175] Стр. 182—197.

не слѣдуетъ руководиться исключительно буквою закона и что во всякомъ правовомъ положеніи нужно видѣть его дѣйствительное содержаніе,—находитъ, что нельзя утверждать вообще, что наслѣдники не могутъ требовать реституціи, если при смерти ихъ наслѣдодателя не было еще laesio. Вопросъ заключается въ томъ, должна ли имѣть мѣсто реституція только въ случаѣ потери призваннымъ jus adeundi или также въ случаѣ, если пріобрѣтеніе не состоялось вслѣдствіе смерти призваннаго? Если бы реституція имѣла мѣсто только въ первомъ случаѣ, то примѣненіе ея по отношенію даже agnitio ограничивалось бы крайне рѣдкими случаями, такъ какъ срокъ agnitio—tempus utile, т.-е. состоитъ лишь изъ тѣхъ дней, въ которые призванный et scierit et potuerit admittere [176]. Что же кажется случаевъ, когда пріобрѣтеніе наслѣдства не имѣло мѣста вслѣдствіе смерти призваннаго, то въ этихъ случаяхъ препятствіе ко вступленію, какого бы рода оно ни было, существовавшее при смерти призваннаго, является вмѣстѣ съ тѣмъ непосредственной причиной потери права наслѣдованія. „Представимъ себѣ случай,—говоритъ онъ,—что наслѣдникъ зналъ о призваніи, выразилъ также намѣреніе пріобрѣсти наслѣдство, что въ осуществленіи таковаго намѣренія ему, однако, мѣшало препятствіе, въ которомъ онъ самъ не виноватъ, и которое существовало до самой его смерти. Безъ сомнѣнія, римскіе юристы разсуждали бы такъ: laesio призванный не понесъ, нѣтъ, слѣдовательно, права на реституцію, которая перешла бы къ наслѣдникамъ, послѣдніе же не призваны къ тому праву, осуществленіе котораго не состоялось вслѣдствіе смерти призваннаго, и потому нѣтъ реституціи ex persona eorum. Но при этомъ они добавили бы: такъ хочетъ строгая послѣдовательность, но humanitatis ratione, на которой вообще основывается институтъ реституціи,

[176] l. 2 pr. D. quis ordo, 38. 15.

усматривается однако здѣсь laesio для наслѣдниковъ, такъ какъ они лишились вѣрнаго расчета пріобрѣсти право и притомъ по такому основанію, которое безспорно имѣетъ всѣ свойства justa causa restitutionis. Такъ, по крайней мѣрѣ, думалъ Папиніанъ, ссылаясь на рескриптъ императора" [177]. Согласно сказанному, Mühlenbruch далѣе указываетъ, что не во всякомъ случаѣ, когда наслѣдодатель умеръ, не принявъ наслѣдства по justa causa restitutionis, не лишась, однако, до самой смерти права на принятіе, наслѣдникамъ предоставляется in integrum restitutio. Такъ какъ призванный не потерпѣлъ laesio и потому не могъ оставить наслѣдникамъ права на реституцію, то должно быть на лицо что-либо такое, что могло быть основаніемъ для признанія наслѣдниковъ потерпѣвшими ущербъ, а именно—должно быть совершенно очевидно, что наслѣдники не получили наслѣдства, открытаго ихъ наслѣдодателю, именно благодаря препятствію ко вступленію, а это бываетъ, когда нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что призванный пріобрѣлъ бы наслѣдство, если бы не было препятствія. Допущеніе реституціи въ пользу наслѣдниковъ при этомъ условіи основывается, добавляетъ Mühlenbruch, вовсе не на мѣстахъ источниковъ, говорящихъ объ absentia rei publicae causa, а на природѣ и характерѣ возстановляемаго права: если допускается реституція наслѣдниковъ противъ несостоявшагося вступленія въ наслѣдство, то таковую реституцію нельзя ограничивать такими правилами, благодаря которымъ реституція потеряла бы всякое значеніе.

Въ итогѣ Mühlenbruch даетъ слѣдующіе выводы: [178] наслѣдники призваннаго могутъ искать реституцію противъ несостоявшагося вступленія въ наслѣдство: 1) всякій разъ, какъ право на такую реституцію возникло уже при жизни

---

[177] Стр. 193.
[178] Стр. 196 и слѣд.

ихъ наслѣдодателя; 2) всякій разъ, какъ absentia rei publicae causa была причиной тому, что призванный къ наслѣдованію не пріобрѣлъ наслѣдства; 3) всякій разъ, какъ является несомнѣннымъ, что какое-либо фактическое препятствіе къ принятію наслѣдства, въ каковомъ препятствіи призванный неповиненъ, именно является посредственной причиной, почему наслѣдники лишились даннаго наслѣдства. По Mühlenbruch, какъ мы выше видѣли, является несомнѣннымъ, что именно данное препятствіе помѣшало принятію наслѣдства тогда, когда достовѣрно, что призванный вплоть до самой своей смерти хотѣлъ принять наслѣдство.

Итакъ, что въ случаѣ l. 86 pr. имѣетъ мѣсто реституція, хотя не всѣ ея данныя налицо, объясняется, по мнѣнію Buchholtz, Vangerow, Mühlenbruch, тою особенностью даннаго случая, которая заключается въ томъ, что Авитъ не успѣлъ принять до смерти своей наслѣдство именно изъ-за absentia rei publicae causa. Однако, въ опроверженіе такого взгляда справедливо указываютъ прежде всего на то, что самый текстъ l. 86 pr. не даетъ никакого прямого указанія относительно того, что реституція имѣетъ мѣсто именно потому, что Авитъ былъ in absentia rei publicae causa. Въ l. 86 сказано: quod et hic humanitatis gratia optinendum est, при чемъ слова et hic являются косвенной ссылкой на конституцію Антонина Пія; правда, впрочемъ, что въ l. 30 pr. сказано: quod rei publicae causa aberat, но этимъ еще не отрицается, что могутъ быть и другія обстоятельства, которыя, считаясь, какъ и absentia rei publicae causa, за justa causa, имѣютъ такое же значеніе. Другой упрекъ по ихъ адресу заключается въ томъ, что они не объясняютъ, почему именно absentia rei publicae causa вызываетъ данную аномалію; мало того, Krause видитъ нѣчто несообразное съ задачами права въ томъ, чтобы наслѣдники призваннаго получили то, что должны были получить по закону другіе, изъ-за отсутствія

ихъ наслѣдодателя по государственной надобности[179]. Какъ бы то ни было, дѣйствительно, трудно уловить связь между absentia rei publicae causa и этой аномаліей и притомъ по той простой причинѣ, что таковой и нѣтъ. Mühlenbruch, который рекомендуетъ не руководиться исключительно буквою закона, а имѣть въ виду дѣйствительное содержаніе его, является въ числѣ тѣхъ, которымъ Heimbach дѣлаетъ упрекъ въ увлеченіи буквою закона. Именно по поводу того же вопроса Heimbach говоритъ[180]: каковы бы ни были основанія аномаліи, очевидно, что дѣло сведется къ толкованію лишь буквы закона, если мы откажемъ отсутствію вообще, поскольку въ качествѣ основанія реституціи оно стоитъ наравнѣ съ absentia rei publicae causa, въ томъ же дѣйствіи въ данномъ случаѣ, какое имѣетъ эта послѣдняя.

Не болѣе удачно у Mühlenbruch построеніе правила реституціи наслѣдника призваннаго. Исходной точкой ему служитъ то положеніе, что лишь повидимому или, точнѣе, лишь съ формальной стороны не всѣ условія реституціи налицо, когда наслѣдники призваннаго испрашиваютъ реституцію въ правѣ принятія наслѣдства, открывшагося ихъ наслѣдодателю и непринятаго имъ исключительно потому, что этому помѣшало обстоятельство, которое могло бы считаться за justa causa restitutionis, если бы оно было причиной потери права. Онъ утверждаетъ, что въ данномъ случаѣ наслѣдники призваннаго лишились того, что они навѣрное должны были бы получить ни по какой другой причинѣ, какъ по обстоятельству, которое помѣшало ихъ наслѣдодателю принять наслѣдство и которое имѣетъ свойство justa causa restitutionis. Такимъ образомъ, имѣется и laesio— утрата того, что наслѣдники навѣрное получили бы, и justa

---

179 Стр. 36.

180 Heimbach sen. Weiske's Rechtslexikon т. 11, 1857, стр. 519.

causa. Поэтому ничего иного не можетъ быть въ данномъ случаѣ, какъ in integrum restitutio въ пользу наслѣдниковъ, каковую реституцію они получаютъ, какъ вытекаетъ изъ аргументаціи Mühlenbruch, не ex persona defuncti, а ex propria, ибо они, а не наслѣдодатель, потерпѣли ущербъ [181].

Противъ реституціи наслѣдниковъ не jure hereditario, а proprio jure, Göring возражалъ, что тутъ не можетъ быть рѣчи о ней, такъ какъ по отношенію именно наслѣдниковъ нѣтъ никакой justa causa restitutionis [182]. Въ другомъ мѣстѣ Göring [183] говоритъ, что для того, чтобы кто нибудь могъ получить реституцію, должны либо въ его лицѣ, либо въ лицѣ его наслѣдодателя соединиться оба условія таковой, на что Krause, тоже рѣшительный противникъ реституціи ex propria persona, замѣчаетъ, что реституція возможна и въ случаяхъ, когда потерпѣвшій понесъ laesio, напримѣръ, отъ отсутствія третьяго лица [184] (своего противника). Несостоятельность вышеприведенной аргументаціи въ пользу restitutio ex propria persona особенно обнаруживается въ слѣдующемъ замѣчаніи Steppes, каковое замѣчаніе выдаетъ головою то невѣрное основаніе, на которомъ основана вся аргументація. „Но скажутъ,—говоритъ Steppes,—что наслѣдникъ наслѣдника (т.-е. призваннаго) не потерпѣлъ ex propria persona никакого ущерба, который могъ быть основаніемъ реституціи. Это не вѣрно. Такъ какъ если и lucrum cessans является условіемъ реституціи, то улыбнувшееся наслѣдство будетъ, конечно, таковымъ же, и не видно, почему бы потеря наслѣдства для призваннаго должна считаться дѣй-

---

[181] Сторонниками реституціи ex propria persona являются, между прочимъ, также Mayer § 113, прим. 19, стр. 315; Steppes, стр. 75; Schröder. стр. 414.

[182] Стр. 148. Также Leist, стр. 183 сл.

[183] Стр. 141.

[184] Стр. 22, прим. 75.

ствительной потерей, а для его наслѣдниковъ нѣтъ“ [185]. Итакъ, Steppes не видитъ разницы въ положеніи призваннаго къ наслѣдству, ему открытому, и въ положеніи наслѣдника призваннаго къ тому же наслѣдству и забываетъ, что laesio, какъ одно изъ основаній реституціи, заключается не въ чемъ другомъ, какъ въ убыточномъ измѣненіи въ правовомъ положеніи потерпѣвшаго [186], о чемъ было уже говорено нами ранѣе [187].

Противъ теоріи реституціи ex proprio jure выступилъ Leist съ другою, которая имѣетъ ту же цѣль доказать, что реституція здѣсь совершается въ обычномъ порядкѣ, то-есть, при условіяхъ, которыя для нея требуются. Утверждая, что реституція наслѣдника призваннаго имѣетъ мѣсто jure hereditario, т.-е. ex persona defuncti, онъ говоритъ, что „наслѣдодатель, такъ какъ умеръ intra diem aditionis, ни въ какой моментъ не терялъ своего права изъ призванія, и поэтому для него in integrum restitutio не была nata. Смерть въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что наслѣдникъ призваннаго не могъ уже совершить ratihabitio, является причиной потери права. Но такъ какъ отсутствіе было причиною, почему призванный при жизни не могъ совершить обыкновеннымъ порядкомъ agnitio, то тамъ, гдѣ путь открытъ для humanitas, именно при примѣненіи in integrum restitutio, весьма допустима слѣдующая аргументація: смерть положила предѣлъ для aditio, и, какъ это бываетъ въ иныхъ случаяхъ, ante decedere является тѣмъ же, что и tempus finitum; поэтому должно считать здѣсь, что въ моментъ смерти потеря права юридически свершилась, и въ тотъ же моментъ уже пріобрѣ-

---

[185] Стр. 75.

[186] Самое большое, что можетъ быть у наслѣдниковъ, это виды на прибыль; то, что нѣмцы называютъ Anwartschaft, а это, какъ извѣстно, не имѣетъ ровно никакого юридическаго значенія.

[187] См. выше стр. 95 и сл. Krause, стр. 22 и сл.

тено противъ этой потери предлагаемое средство защиты, in integrum restitutio, которое и перешло къ наслѣдникамъ" [188]. Исходя изъ этой аргументаціи Leist въ дальнѣйшемъ приходитъ къ слѣдующимъ заключеніямъ: 1) что absentia rei publicae causa не является исключительно условіемъ рѣшенія Папиніана, это рѣшеніе можетъ имѣть мѣсто при всякихъ фактическихъ препятствіяхъ, которыя вообще способны быть justa causa restitutionis, именно absentia, несовершеннолѣтіе, принужденіе, 2) что если невозможность принять наслѣдство продолжится до смерти призваннаго, такъ что она можетъ разсматриваться, какъ причина, по которой призванный не далъ своего рѣшенія относительно вступленія въ наслѣдство, то къ наслѣдникамъ переходитъ право на in integrum restitutio [189].

Повидимому Leist [190] строитъ реституцію на фикціи, что призванный потерпѣлъ laesio. Однако, построеніе реституціи на томъ, что смерть, отрывающая свою жертву отъ всѣхъ ея правъ, является для умирающаго и основаніемъ потери права (jus adeundi) и основаніемъ пріобрѣтенія права (на реституцію), не лишено искусственности и опирается на ничѣмъ неоправдываемое широкое толкованіе нѣкоторыхъ мѣстъ источниковъ [191], которыя говорятъ лишь о томъ, что смерть прекращаетъ ту неопредѣленность, которая существовала при жизни призваннаго [192]. Эта искусственность построенія дала поводъ Schröder [193], желавшему ея избѣгнуть, впасть въ не менѣе искусственную и невѣрную конструкцію реституціи ex propria persona.

---

188 Стр. 184 и сл.

189 Стр. 191.

190 А ему слѣдуетъ Krause.

191 L. 16 D. de lib. et post. 28. 2 (текстъ приведенъ выше, стр. 33 въ прим. 14), l. 5 D. de her inst. 28. 5 и l. 28 D. de cond. inst 28. 7.

192 См. выше стр. 98.

193 Стр. 414.

Итакъ, все ученіе о transmissio ex capite in integrum restitutionis никакъ не согласуется съ ученіемъ о реституціи, ни при ограничительномъ, ни при широкомъ толкованіи l. 86 pr. При существующей точкѣ зрѣнія на эти случаи изслѣдователь натыкается на сугубую аномалію: ненаслѣдуемое jus adeundi переходитъ по наслѣдству и притомъ тѣмъ способомъ, который, не зависимо отъ предмета перехода, не примѣнимъ въ данныхъ случаяхъ. Слѣдуетъ отрѣшиться отъ взгляда, что въ данныхъ случаяхъ, какъ и въ l. 1 C. de rest. mil. 2.51, реституція создаетъ наслѣдственность jus adeundi. Lex 86 pr. выражаетъ лишь одну заботу, чтобъ основаніе, по которому призванный до смерти своей не принялъ наслѣдства, было таковымъ, что могло бы быть justa causa restitutionis. Иначе говоря, для трансмиссіи не то важно, чтобы было въ наличности право на реституцію, а чтобы было въ наличности основаніе для трансмиссіи, а такимъ является всякая justa causa restitutionis. Поэтому l. 86 pr. слѣдуетъ непремѣнно толковать ограничительно, но не такъ какъ это дѣлаетъ, напримѣръ, Vangerow, допускающій реституцію только въ случаѣ absentia, а въ томъ смыслѣ, что реституція имѣетъ мѣсто лишь при наличности обоихъ основаній, и лишь при трансмиссіи дѣло обстоитъ такъ, какъ будто бы была реституція. Поэтому реституція даже въ случаѣ absentia rei publicae causa для другого права, чѣмъ для jus adeundi, не можетъ имѣть мѣста при отсутствіи другого условія, т.-е. laesio. Что же касается jus adeundi, то для него рѣшительно все равно, имѣется ли налицо absentia rei publicae causa или другая justa causa.

III.

Всѣ разсмотрѣнные до сихъ поръ случаи трансмиссіи еще не даютъ основанія тому, чтобы говорить о трансмиссіи въ римскомъ правѣ, какъ о правилѣ; всѣ они суть не что иное, какъ рядъ исключеній изъ господствовавшаго въ римскомъ правѣ правила. Но положеніе трансмиссіи рѣшительно измѣнилъ Юстиніанъ, который категорически заявилъ въ l. un. § 5 C. de cad. toll. 6.5, что hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur. Конституціей отъ 529 г. (l. 19 C. de jure del. 6.30) и новеллой отъ 544 г. (Nov. 158) Юстиніанъ превратилъ трансмиссію изъ исключенія въ правило. Наибольшимъ значеніемъ обладаетъ первая конституція, которую мы приводимъ цѣликомъ.

L. 19 C. de jur. del. 6. 30.

Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adjectis, quae in hujusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam.

§ 1. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa.

§ 2. Et si quidem is, qui sciens hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam delibe-

ratione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat.

§ 3. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur.

§ 4. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur.

Въ силу этой конституціи, какъ видно изъ ея содержанія, если призванный, не рѣшивъ принять или не принять наслѣдства (§ 1), умретъ до истеченія года съ тѣхъ поръ, какъ призваніе сдѣлалось ему извѣстнымъ (§§ 2, 3), или до истеченія spatium deliberandi, если таковой онъ испросилъ, и если этотъ срокъ не выходитъ за предѣлы означеннаго года (кон. § 1 ut unius и т. д.), то его наслѣдники могутъ въ теченіе остающагося срока (§ 4) рѣшить вопросъ, принять или не принять имъ это наслѣдство. Такимъ образомъ, по l. 19 примѣненіе трансмиссіи, извѣстной подъ названіемъ transmissio Justinianea, ограничено въ римскомъ правѣ лишь двумя условіями: 1) призванный долженъ знать о своемъ призваніи, хотя безразлично, просилъ ли онъ или нѣтъ о spatium deliberandi (о призванныхъ, умершихъ въ невѣдѣніи объ открытіи имъ наслѣдства, конституція ничего не говоритъ); 2) трансмиссія можетъ имѣть мѣсто лишь въ предѣлахъ опредѣленнаго срока. Благодаря первому условію, l. 19 не устанавливаетъ принципіально и прямо трансмиссіи,

т.-е. конституція не заключаетъ въ себѣ непосредственнаго признанія того принципа, что положеніе призваннаго наслѣдуется. Въ l. 19 мы видимъ пріемъ, подобный тому, съ которымъ мы познакомились при разсмотрѣніи случаевъ transmissio ex capite in integrum restitutionis. Конституція дѣлаетъ наслѣдственнымъ положеніе лица, обсуждающаго, принять ли ему наслѣдство или не принять, именно лица „quis... deliberationem meruerit" или „deliberare videatur" (по той причинѣ, что онъ отъ наслѣдства не отказывался), слѣдовательно, говоря иными словами, конституція устанавливаетъ непосредственно не successio in delationem [194], а successio in deliberationem которая, въ свою очередь, вмѣстѣ съ собою необходимо влечетъ successio in delationem, т.-е. трансмиссію. Въ силу же Nov. 158 [195] первое условіе, т.-е. знаніе призваннымъ объ открытіи наслѣдства, отмѣнено для infantes; право принять наслѣдство со смертью призваннаго infans переходитъ къ его наслѣдникамъ, при одномъ лишь требованіи, чтобъ этотъ переходъ совершился въ предѣлахъ годового срока. Такъ какъ знаніе по отношенію къ infans не имѣетъ уже значенія, то началомъ этого срока будетъ не моментъ когда infans узналъ о своемъ призваніи, а моментъ смерти призваннаго. Въ отличіе отъ l. 19 новелла содержитъ уже прямое признаніе successio in delationem, трансмиссіи; здѣсь невозможно видѣть случай successio in deliberationem, такъ какъ не можетъ быть рѣчи о знаніи или незнаніи того, qui nondum septem an-

---

[194] Въ концѣ principium конституціи сказано: eam deliberationem et in omnes successores esse protelandam, а въ новеллѣ 158 говорится о l 19, что она velit ut si quis hereditate ad ipsum delata, antequam eam vindicet vel contrariam de ea proferat sententiam, de vita decedat, ad heredes suos de hac hereditate jus deliberandi transmittat.

[195] Замѣчаніе Vangerow, что нельзя говорить объ исключеніи для infantes, основанномъ на nov. 158, такъ какъ эта новелла не глоссирована, не имѣетъ для насъ значенія уже потому, что мы здѣсь имѣемъ въ виду не столько gemeines Recht, сколько чисто римское право.

nos natus sit. Но съ точки зрѣнія результатовъ, новелла является, тѣмъ не менѣе, лишь новымъ расширеніемъ трансмиссіи, которая такъ или иначе сдѣлалась господствующимъ правиломъ въ римскомъ правѣ въ силу l. 19.

Многіе изъ авторитетныхъ романистовъ утверждаютъ въ противность господствующему [196] мнѣнію, что Юстиніанова трансмиссія имѣетъ мѣсто и въ случаѣ, если призванный умретъ, не зная о томъ, что ему открылось наслѣдство; такимъ образомъ, по мнѣнію ихъ, Юстиніанова трансмиссія ограничена въ своемъ примѣненіи лишь срокомъ. Но тутъ среди сторонниковъ этого мнѣнія существуетъ разногласіе относительно того, съ какого момента считать начало годоваго срока (annale tempus). Одни полагаютъ, что въ этомъ случаѣ годовой срокъ начинается со смерти призваннаго [197], другіе считаютъ началомъ срока моментъ, когда наслѣдникъ призваннаго узнаетъ о призваніи своего наслѣдодателя [198], наконецъ, третьи утверждаютъ, что годовой срокъ, во всякомъ случаѣ, начинается съ открытіемъ наслѣдства [199]. Означенное разногласіе весьма понятно и легко объясняется тѣмъ, что никакихъ данныхъ относительно того, когда долженъ начаться годовой срокъ въ случаѣ, если призванный умретъ въ невѣдѣніи объ открытіи ему наслѣдства, не имѣется въ l. 19, и потому не имѣется, что эта конституція не касается случая незнанія призваннаго о томъ, что ему открылось наслѣдство.

Что l. 19 объ этомъ случаѣ не высказывается непосредственно, признаютъ даже рѣшительные сторонники примѣ-

---

196 См. Windscheid, P. III, § 600, прим. 5, а также Arndts, P., § 516., пр. 1 въ концѣ.

197 Vangerow, XXIV, стр. 191—193, Windcheid § 600, пр. 5.

198 Göring, стр. 177. Dernburg, § 166. 3.

199 Wieding, Die transmission Justinian's, стр. 20 и сл. Brinz, P. III, § 389. 5, стр. 162, 163; Wächter, P. II, § 299, C. III 2, b. стр. 758.

ненія Юстиніановой трансмиссіи, ограниченнаго лишь срокомъ [200]. Такимъ образомъ, не самая конституція послужила основаніемъ для Vangerow, которому послѣдовали Windscheid, Brinz, Dernburg, выступить съ вышеозначеннымъ мнѣніемъ о томъ, что знаніе для трансмиссіи Юстиніана не требуется, а соображенія, по мнѣнію ихъ, логики и справедливости. Имъ кажется нелогичнымъ и несправедливымъ, чтобъ призванный, которому delatio была извѣстна и который, тѣмъ не менѣе, ничего не сдѣлалъ, чтобъ пріобрѣсти наслѣдство, могъ передать своимъ наслѣдникамъ право выбора, между тѣмъ какъ неподозрѣвавшій о delatio и, слѣдовательно, тотъ, которому вовсе нельзя поставить въ вину непринятіе наслѣдства, ничего не передаетъ своимъ наслѣдникамъ. Если дѣлать различіе между случаями знанія и незнанія, то, полагаютъ они, очевидно, въ обратномъ смыслѣ [201]. Въ силу этихъ соображеній они толкуютъ l. 19, хотя ея текстъ прямого основанія къ тому не даетъ, въ томъ смыслѣ, что конституція имѣла въ виду вообще случай, когда призванный умеръ, не успѣвъ принять наслѣдства. Если Юстиніанъ останавливается спеціально на случаѣ знанія, вовсе не затрогивая случая незнанія, то это онъ дѣлаетъ только послѣ того, какъ онъ выставилъ общее положеніе, устанавливающее трансмиссію безъ всякихъ другихъ ограниченій, кромѣ срока. Это общее положеніе усматривается въ слѣдующихъ словахъ конституціи: Eam deliberationem et in omnes и до fuerit conclusa, словомъ—въ содержаніи конца principium и всего перваго параграфа конституціи [202]. На весьма основательное указаніе, что въ этомъ общемъ положеніи говорится опредѣленно

---

[200] Vangerow, XXIV, стр. 191; Windscheid, § 600 и прим. 7.

[201] Vangerow, XXIV, стр. 188.

[202] Windscheid, P. III, § 600, пр. 5; Vangerow XXIV, стр. 188 и сл.; Wieding, конецъ стр. 71 и нач. стр. 72.

лишь о томъ, кто deliberationem meruerit или deliberare videatur и что о томъ, кто не знаетъ о своемъ призваніи, трудно сказать, что онъ deliberare videatur,—они возражаютъ, настаивая на томъ, что если незнающій о своемъ призваніи не является deliberans въ обыкновенномъ смыслѣ, то юридически можно сказать о немъ, что онъ deliberare videtur, такъ какъ его юридическое положеніе то же, какое у того, кто зная о delatio не рѣшилъ еще о принятіи наслѣдства [203]. Если далѣе, говорятъ они, Юстиніанъ имѣлъ въ виду именно призванныхъ, знающихъ о томъ, что имъ открыто наслѣдство, то, съ другой стороны, условія, выставленныя Юстиніаномъ для трансмиссіи, таковы, что допускаютъ и незнающаго; эти условія заключаются въ томъ, что призванный не долженъ ни принять наслѣдства, ни отказаться отъ него, что и бываетъ съ незнающимъ. Даже допустивъ, что въ выраженіи ut ex hac causa deliberare videatur Юстиніанъ разумѣлъ именно знающаго, то въ этомъ обстоятельствѣ никакъ не слѣдуетъ видѣть ограниченіе трансмиссіи условіемъ знанія, а лишь указаніе на то, что въ случаѣ знанія призваннаго объ открытіи ему наслѣдства, долженъ быть признакъ, что рѣшенія онъ своего не выразилъ, а это и бываетъ, когда онъ deliberare videatur [204].

Однако приписывать закону то, что въ немъ прямо не выражено, какъ это предлагаютъ упомянутые ученые, исключительно по соображеніямъ справедливости, рискованно [205]. Въ самомъ дѣлѣ, эти соображенія не помѣшали имъ тутъ же высказать предположеніе, что если дать кому предпочтеніе, то, по справедливости, именно тому, кто, не зная о своемъ призваніи, умеръ, такъ какъ этотъ-то не виноватъ

---

[203] Windscheid, тамъ же; Vangerow, стр. 189.
[204] Wieding, стр. 7, 8, Dernburg, P. III, § 166, пр. 13.
[205] Ср. Mühlenbruch, стр. 219.

въ томъ, что не принялъ наслѣдства; что же касается призваннаго, который, хотя зналъ о своемъ призваніи, deliberationem non meruerit и умеръ, не успѣвъ совершить aditio, то онъ, лишаясь права передачи jus deliberandi своимъ наслѣдникамъ, лишь несъ бы послѣдствія своей оплошности. Но спрашивается, почему предполагать въ каждомъ призванномъ, знавшемъ о томъ, что ему открыто наслѣдство и не просившемъ о deliberatio, какую-либо оплошность: законъ даетъ призванному срокъ на случай его смерти, въ теченіе котораго призванный, дабы онъ не рискуя лишить своихъ наслѣдниковъ наслѣдства, къ коему онъ призывался, могъ, не торопясь, обсудить вопросъ о принятіи имъ этого наслѣдства, для чего, конечно, нѣтъ ему необходимости deliberationem merere.

Еще болѣе очевидной станетъ въ данномъ случаѣ неумѣстность ссылки на несправедливость, если принять въ соображеніе, что конституція и не имѣетъ повода касаться призванныхъ, умершихъ въ невѣдѣніи объ открытіи имъ наслѣдства: какъ было выше упомянуто, l. 19 устанавливаетъ непосредственно не successio in delationem, т.-е. не трансмиссію, а successio in deliberationem; законъ постановляетъ что обсужденіе призваннымъ вопроса о принятіи наслѣдства (deliberatio) можетъ продолжаться и по его смерти его наслѣдниками, если опредѣленный закономъ срокъ для перехода deliberatio еще не истекъ; такъ какъ у призваннаго, находящагося въ невѣдѣніи о томъ, что ему открыто наслѣдство, никакого обсужденія не можетъ быть, то естественно, что о переходѣ таковаго къ его наслѣдникамъ и о какой-либо несправедливости закона въ данномъ случаѣ не можетъ быть рѣчи.

Если обратиться къ тексту конституціи, то не трудно видѣть, что l. 19 не только прямо, но и косвенно не подтверждаетъ разбираемой здѣсь теоріи. Windscheid говоритъ, что

если Юстиніанъ спеціально останавливается лишь на случаѣ, когда призванный знаетъ о томъ, что ему открыто наслѣдство, то онъ дѣлаетъ это послѣ того, какъ установилъ трансмиссію, не дѣлая никакихъ различій и лишь ограничивъ ее годовымъ срокомъ. Windscheid имѣетъ притомъ въ виду § 1 конституціи. Основаніемъ къ тому, чтобы считать § 1 выраженіемъ общаго положенія, обнимающаго какъ случаи знанія, такъ и случаи незнанія, кромѣ соображенія справедливости, о которомъ только что была рѣчь, служитъ, повидимому, для Windscheid еще предположеніе, что подъ выраженіемъ ut ex hac causa deliberare videatur разумѣется также призванный, не знающій, что ему открыто наслѣдство. Но даже допустивъ, что выраженіе qui deliberare videatur, кромѣ обычнаго смысла, могло бы означать вообще лицо, не лишившееся права рѣшенія, каковымъ является и тотъ, кто не знаетъ еще о своемъ призваніи, толкованіе этого выраженія здѣсь именно въ этомъ смыслѣ, если его разсматривать въ связи со всѣмъ предложеніемъ, котораго оно является частью, никакъ нельзя признать правильнымъ. Дѣло въ томъ, что сейчасъ же послѣ выраженія ut ex hac causa deliberare videatur слѣдуетъ sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit; въ виду этихъ словъ, которыя, какъ и предшествующія выраженію ut ex hac videatur, именно non tamen successioni renuntiaverit, относятся къ тому, который deliberare videtur, гораздо естественнѣе думать, что подъ deliberare videatur Юстиніанъ разумѣлъ знающаго о своемъ призваніи, ибо только онъ можетъ aliquid gerere quod aditionem inducit. Далѣе, что § 1 нашей конституціи не является выраженіемъ общаго положенія, обнимающаго и случай невѣдѣнія призваннаго объ открытіи ему наслѣдства, явствуетъ, что бы ни говорили, изъ того, что всѣ §§ этой конституціи, слѣдующіе за первымъ, говорятъ исключительно о случаѣ знанія.

Но если бы l. 19 этихъ §§ не имѣла, если бы конституція обрывалась на первомъ параграфѣ, то и тогда имѣлось бы серіозное основаніе сомнѣваться въ справедливости утвержденія, будто Юстиніанъ имѣлъ въ виду и случай незнанія. До появленія l. 19, по римскому праву всякій разъ, какъ кто-либо не принялъ наслѣдства до смерти своей вслѣдствіе незнанія, право его изъ призванія погибаетъ вмѣстѣ съ нимъ; это—основное правило, которое, съ одной стороны, подтверждается, какъ мы видѣли [206], допущеніемъ трасмиссіи въ случаѣ лишь квалицированнаго незнанія, а съ другой—цѣлымъ рядомъ конституцій, помѣщенныхъ въ томъ же титулѣ кодекса, въ которомъ находится и l. 19 [207]. Тамъ же, гдѣ незнаніе не мѣшаетъ трансмиссіи, законодатель не преминулъ указать на это: такъ, мы видѣли, что transmissio Theodosiana имѣетъ мѣсто sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint. Утверждать, что l. 19 разумѣетъ и случай незнанія, значитъ тѣмъ самымъ приписать этому закону отмѣну указаннаго основного правила, каковую отмѣну, ввиду крайне неподходящей по важности случая формы, не имѣемъ никакого основанія признать: трудно допустить, что Юстиніанъ для такой существенной перемѣны въ правѣ ограничился лишь косвеннымъ намекомъ въ l. 19 и не прибѣгнулъ къ болѣе откровенной формѣ отмѣны. Итакъ, l. 19, вмѣсто того, чтобы прямо отмѣнить означенное правило, подробно и исключительно разбираетъ случай, когда призванный, зная объ открытіи ему наслѣдства, умретъ, не отказавшись отъ него и не принявъ его. Vangerow [208] объясняетъ спеціальное вниманіе l. 19 къ этому случаю тѣмъ, что Юстиніанъ хотѣлъ исключительно сосредоточиться на случаяхъ,

---

[206] См. выше, стр. 58 и 59.
[207] L. 3, l. 5, l. 6, l. 7, l. 18, § 3, C. de jure del. 6. 30.
[208] Стр. 189,—190.

наиболѣе трудныхъ. Однако, въ виду только что сказаннаго, случай незнанія долженъ явиться случаемъ болѣе затруднительнымъ, ибо тутъ возникаетъ вопросъ объ отмѣнѣ правила, котораго l. 19 прямо не отмѣнила.

Наконецъ, Юстиніанъ въ l. 19 указываетъ, съ какого момента начинается annale tempus, лишь для случая, когда призванный знаетъ о своемъ призваніи: si enim ipse postquam... cognitum sit heredem eum vocatum fuisse annali tempore translapso и т. д., и нѣтъ рѣшительно никакихъ данныхъ для опредѣленія, когда этотъ срокъ долженъ начаться въ случаѣ незнанія. Отсутствіе указанія въ l. 19 касательно послѣдняго случая, очень понятное съ точки зрѣнія господствующаго мнѣнія, является страннымъ пробѣломъ при предположеніи, что Юстиніанъ въ своей l. 19 имѣлъ въ виду случай незнанія. Что этотъ случай, съ другой стороны, необходимо нуждается въ опредѣленномъ указаніи начала теченія annale tempus, явствуетъ изъ того разногласія, которое господствуетъ относительно этого вопроса среди сторонниковъ теоріи Wangerow [209]. Изъ высказанныхъ по этому вопросу мнѣній наиболѣе вѣроятнымъ явилось бы мнѣніе, котораго держится Dernburg [210], что постановленіе Юстиніана, касающееся момента начала срока, относится ко всѣмъ случаямъ (слѣдовательно, и къ случаямъ незнанія), и надо его понимать въ томъ смыслѣ, что срокъ начинается лишь для того, который узнаетъ о своемъ призваніи: будь ли то самъ призванный или его наслѣдникъ послѣ его смерти, если только онъ самъ, умирая, не зналъ о своемъ призваніи. Но насколько далекъ былъ Юстиніанъ отъ такого рѣшенія для случаевъ незнанія, доказываетъ новелла 158, гдѣ дѣйствительно обсуждается случай незнанія, и гдѣ срокъ по опредѣленію Юстиніана счи-

---

[209] См. выше, стр. 139 и прим. 195, 196, 197.
[210] § 166. 3, прим. 14.

тается начавшимся съ момента смерти призваннаго. Такого рѣшенія никакими толкованіями нельзя вывести изъ l. 19, и если бъ Юстиніанъ дѣйствительно имѣлъ въ виду въ l. 19 случай незнанія, то всего вѣроятнѣе онъ въ этой же l. 19 и указалъ бы, когда сроку начинаться, какъ онъ это сдѣлалъ для случая знанія.

Что Юстиніанова трансмиссія ограничена въ своемъ примѣненіи лишь срокомъ, пытался доказать, но безуспѣшно, Wieding [211]. Онъ толкуетъ постановленіе, которымъ заканчивается principium въ l. 19: eam deliberatimem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam въ томъ смыслѣ, что Юстиніанъ имѣлъ въ виду перенести на extranei цѣликомъ съ однимъ лишь измѣненіемъ относительно срока именно ту deliberatio, которая существовала до того времени лишь для sui. Extranei, правда, имѣютъ, въ силу ихъ положенія только призванныхъ, выборъ между принятіемъ или непринятіемъ открывшагося имъ наслѣдства, но это право выбора, неосуществленное въ случаѣ ихъ смерти, не переходитъ къ ихъ наслѣдникамъ. Напротивъ, у sui deliberatio вмѣстѣ съ самимъ наслѣдствомъ могла быть предметомъ трансмиссіи: suus heres, который se non immiscuit se non ab stinuit передавалъ со своей смертью наслѣдство и вмѣстѣ съ нимъ и deliberatio своимъ наслѣдникамъ. Юстиніанъ, говоря, что eam deliberationem et in omnes successores esse protelandam ничего другого не могъ разумѣть, какъ только распространеніе на extranei означенной трансмиссіи, которая необходимо включаетъ въ себѣ и распространеніе на нихъ deliberatio [212]. Поэтому, по утвержденію Wieding, все

---

[211] Указ. сочин., § 17.

[212] Распространеніе только jus deliberandi, которое имѣли sui, на extranei было бы безсмыслицей, говоритъ Wieding (стр. 60), такъ какъ extranei имѣли безъ того выборъ. Но возможность deliberatio у extranei

что будетъ вѣрно для трансмиссіи sui, вѣрно будетъ и для Юстиніановой трансмиссіи, и такъ какъ для трансмиссіи sui знаніе или незнаніе наслѣдника о томъ, что ему выпало наслѣдство, не имѣетъ никакого значенія, равно никакого значенія для Юстиніановой трансмиссіи не будетъ имѣть знаніе или незнаніе призваннаго объ открывшемся ему наслѣдствѣ.

Помимо произвольности такого толкованія текста и воли Юстиніана, поскольку она опредѣлилась въ l. 19, это толкованіе приводитъ автора къ утвержденію того, что рѣшительно не согласуется съ источниками. Дѣло въ томъ, что положенія suus и extranei настолько различествуютъ и такъ различествуютъ другъ отъ друга, что непосредственное распространеніе трансмиссіи sui на extranei немыслимо. Въ самомъ дѣлѣ, знаніе безразличное для filius familias можетъ имѣть и имѣетъ рѣшающее значеніе для heredes voluntarii. Для перехода deliberatio къ наслѣдникамъ suus знаніе потому не имѣетъ значенія, что переходитъ къ наслѣдникамъ не только deliberatio и даже не deliberatio, главнымъ образомъ, а наслѣдство. Съ наслѣдствомъ, которое suus пріобрѣтаетъ помимо знанія, ipso jure, suus получаетъ и составную его часть: право отказаться отъ него, слѣдовательно, тоже независимо отъ знанія. Совсѣмъ иное дѣло наслѣдованіе heres voluntarius. Призванный къ наслѣдованію extraneus, если умираетъ, не пріобрѣтя наслѣдства и не отказавшись отъ него, не передаетъ этого наслѣдства своимъ наслѣдникамъ, и если право рѣшенія принять или не принять это наслѣдство и переходитъ къ его наслѣдникамъ, то отнюдь не какъ составная

не переходила по наслѣдству, между тѣмъ какъ у sui, напротивъ, она переходила; поэтому Юстиніанъ и распространилъ возможность этой трансмиссіи и на extranei, что влекло за собою и распространеніе на нихъ самаго jus deliberandi, которое было у sui.

часть этого наслѣдства, а самостоятельно; поэтому неумѣстный въ случаѣ трансмиссіи послѣ sui вопросъ о знаніи въ этомъ случаѣ нетолько мыслимъ, но подлежитъ рѣшенію независимо отъ соображеній, касающихся трансмиссіи. Указанное различіе, противорѣчащее положенію, что то, что вѣрно для трансмиссіи sui, будетъ вѣрно для Юстиніановой трансмиссіи, Wieding обходитъ вышеупомянутымъ утвержденіемъ. Держась того мнѣнія, что Юстиніанова трансмиссія есть тоже трансмиссія sui, но распространенная на extranei, и опредѣляя трансмиссію sui какъ трансмиссію пріобрѣтеннаго наслѣдства по отношенію къ которому suus имѣлъ jus abstinendi, онъ утверждаетъ, что Юстиніанъ въ l. 19 молчаливо призналъ по отношенію къ extranei фикцію тѣхъ условій, при которыхъ можетъ имѣть мѣсто трансмиссія sui, именно, что въ случаѣ смерти призваннаго, не рѣшившаго относительно принятія или непринятія наслѣдства, дѣло обстоитъ такъ, какъ будто призванный ipso jure пріобрѣлъ наслѣдство съ возможностью отъ него отказаться, короче, что extraneus считается за suus heres [213].

Такое утвержденіе не нашло, однако, себѣ сторонниковъ въ литературѣ и было разбито Göring который, казалось бы, скорѣе чѣмъ кто-либо другой могъ быть его сторонникомъ, благодаря своему взгляду на случаи трансмиссіи вообще. Göring говоритъ: „Если дѣйствительно съ 529 г. всякое наслѣдство пріобрѣтается ipso jure, если, слѣдовательно, оно не только какъ открытое, но, болѣе того, какъ пріобрѣтенное принципіально, и всегда передается (трансмиттируется) всякимъ наслѣдникомъ своимъ наслѣдникамъ (такъ же, какъ оно передается suo herede), то какъ могъ Юстиніанъ еще въ 534 г. выставить въ l. un. § 5 C. de cad. toll. 651 какъ прин-

---

[213] Wieding, § 18.

ципъ, что hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur! Какъ могъ далѣе Юстиніанъ въ l. 22 § 14 C. de jure del. 6.30, еще въ 531 г. постановить, какъ нѣчто новое и особенное, что наслѣдникъ, который по истеченіи опредѣленнаго судомъ срока вступленія, не выразилъ своего рѣшенія, долженъ считаться quasi heres, то-есть, принявшимъ наслѣдство! Къ чему бы, въ самомъ дѣлѣ, такое постановленіе, если бы всякій призванный былъ съ 529 г. не только quasi heres, но дѣйствительно ставшимъ уже ipso jure наслѣдникомъ, и поэтому въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ не высказалъ бы никакого рѣшенія относительно наслѣдства, все-таки признавался, точно такъ же какъ suus heres, желающимъ получить его. Если прочесть безъ предвзятой мысли вышеприведенные законы Юстиніана и всѣ позднѣйшіе, которые говорятъ о пріобрѣтеніи наслѣдства, то будетъ видно изъ всѣхъ ихъ, что по появленіи l. 19 C. de jure delib. 630 древнее право, по которому лишь sui, но не другіе наслѣдники, пріобрѣтали наслѣдство ipso jure, продолжало дѣйствовать. Вмѣстѣ съ этимъ падаетъ теорія Wieding". [214]

Итакъ, истинный смыслъ въ l. 19 pr. и именно словъ eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam не тотъ, что Юстиніанъ, какъ толкуетъ Wieding, хотѣлъ распространить на всѣхъ successores eam deliberationem, то-есть именно ту, которая до сихъ поръ была лишь у sui heredes и, слѣдовательно, заключалась въ томъ, отказаться или не отказаться отъ уже пріобрѣтеннаго наслѣдства, а равно и не тотъ, конечно, что Юстиніанъ просто хотѣлъ дать extranei право выбора между принятіемъ или непринятіемъ открывшагося имъ наслѣд-

---

[214] Стр. 180 и сл.

ства, каковое право они имѣли уже въ силу своего положенія призванныхъ. Юстиніанъ означенными словами выразилъ лишь то, чтобы deliberatio у extranei была наслѣдственна, какъ наслѣдственна deliberatio у sui. Говоря о томъ, что eam deliberationem esse protelandam Юстиніанъ разумѣлъ не предметъ deliberatio (пока sui heredes и heredes voluntarii представляютъ два различные института,—предметъ deliberatio у тѣхъ и другихъ не можетъ быть никоимъ способомъ одинъ и тотъ же), а качество deliberatio, и именно ея наслѣдуемость, которою онъ надѣляетъ и deliberatio у extranei. О фикціи, о которой говоритъ Wieding въ l. 19, нѣтъ и намека, но вся l. 19 имѣетъ своимъ исключительнымъ содержаніемъ установленіе трансмиссіи для deliberatio у extranei, рядомъ съ существовавшей для deliberatio у sui трансмиссіи.

Въ заключеніе коснемся въ нѣсколькихъ словахъ двухъ вопросовъ, изъ которыхъ одинъ пересталъ быть спорнымъ съ появленія работы Vangerow о трансмиссіи въ 1841 г.; что же касается другого, то по поводу его держится до сихъ поръ отдѣльнаго мнѣнія Koeppen; на немъ то прежде всего и остановимся. 1) Koeppen утверждаетъ, [215] что Юстиніанъ имѣлъ въ виду, что трансмиссія всегда ограничена годовымъ срокомъ: испрошеннымъ годовымъ срокомъ для обсужденія или годовымъ срокомъ съ момента, когда призванный узналъ о выпавшемъ ему наслѣдствѣ. Законъ хочетъ въ томъ случаѣ, когда срокъ на обсужденіе испрошенъ призваннымъ, перенести jus deliberandi къ его наслѣдникамъ съ тѣмъ же срокомъ, а въ случаѣ неиспрошенія срока перенести право обсужденія ограниченное срокомъ, установленнымъ закономъ. Однако, какъ вѣрно замѣчаетъ Windscheid, [216], Юсти-

---

[215] Стр. 171, пр. 2.

[216] P. § 600, пр. 6; ср. Vangerow XXIV, стр. 172 и слѣд.; Mühlenbruch, стр. 224 и слѣд.; но, конечно, трансмиссія не имѣетъ мѣста, если

ніанъ непосредственно послѣ того, какъ говоритъ о тѣхъ quis deliberationem meruerit и о тѣхъ, кто hoc quidem non fecerit, заявляетъ ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa, каковыя слова, такимъ образомъ, относятся ко всѣмъ непосредственно до нихъ перечисленнымъ случаямъ. Что же касается того, будто l. 19 хотѣла перенести jus deliberandi призваннаго, испросившаго срокъ на размышленіе, съ тѣмъ же срокомъ, то этого не видно даже изъ тѣхъ мѣстъ этого закона, которыя Koeppen приводитъ въ обоснованіе своего утвержденія. 2) Существовало мнѣніе, что трансмиссія имѣетъ мѣсто лишь въ случаѣ, если наслѣдодатель не назначилъ самъ срока для принятія наслѣдства. Въ этомъ случаѣ, умри призванный до истеченія этого срока не выразивъ своего намѣренія,—никакой трансмиссіи не будетъ послѣ него въ пользу его наслѣдниковъ. Wangerow,[217] доказавшій несостоятельность этого мнѣнія, говоритъ, что Юстиніанъ просто приводитъ оба случая: 1) si deliberationem meruerit и 2) si hoc non fecerit, и подъ ними слѣдуетъ разумѣть также случай если наслѣдодатель назначилъ срокъ. Дѣйствительно, послѣ призваннаго въ такомъ случаѣ полагается трансмиссія или какъ послѣ лица, не просившаго о срокѣ, или какъ послѣ лица, получившаго таковой. Для другихъ заключеній въ l. 19 нѣтъ рѣшительно никакихъ данныхъ.

Изъ обозрѣнія всѣхъ приведенныхъ случаевъ не трудно составить выводъ о томъ, какое положеніе занимаетъ въ дѣйствительности трансмиссія, и именно преемство въ положеніи призваннаго, въ римскомъ правѣ. Юстиніанъ въ l. 19 C. de jure del b. 30 и въ новеллѣ 158 обратилъ трансмиссію въ правило, а прекращеніе права изъ призванія смертію

назначенное въ наслѣдники лицо назначено именно подъ условіемъ принятія имъ наслѣдства въ опредѣленный завѣщателемъ срокъ. L. 72 D. de A. v. O H. 29. 2.

[217] Стр. 194 и 195.

призваннаго—въ исключеніе. Поэтому, въ противность положеніямъ, обычно высказываемымъ въ пандектахъ и спеціальной литературѣ по нашему предмету, имѣются всѣ основанія утверждать въ видѣ общаго положенія, что въ римскомъ правѣ право наслѣдованія переходитъ по наслѣдству, и что трансмиссія не допускается лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если призванный умеръ, не зная о своемъ призваніи, 2) если призванный хотя и зналъ о своемъ призваніи, но умеръ спустя годъ послѣ того, какъ узналъ о немъ или даже ранѣе, когда spatium deliberandi, которое онъ испросилъ, кончилось до истеченія означеннаго года. Но и въ этихъ случаяхъ недопущеніе не абсолютно и подвержено, какъ мы видѣли, не малымъ исключеніямъ. Такъ, недопущеніе трансмиссіи не касается ни нисходящихъ, назначенныхъ въ завѣщаніи своимъ восходящимъ и умершихъ до вскрытія завѣщанія, ни вообще призванныхъ умершаго въ возрастѣ infantia, ни тѣхъ призванныхъ, которые или лишились при жизни права принять наслѣдство, или лишь задержались до своей смерти въ принятіи таковаго и въ обоихъ случаяхъ по justa causa restitutionis, ни, наконецъ, тѣхъ, которые не приняли наслѣдства до своей смерти вслѣдствіе опредѣленнаго препятствія юридическаго характера.

Въ заключеніи этой главы мы вкратцѣ остановимся на вопросѣ о соотношеніи трансмиссіи и субституціи.

Какъ было сказано въ первой главѣ настоящаго изслѣдованія, [218] субституція уступаетъ мѣсто трансмиссіи: существованіе трансмиссіи указываетъ на то, что призваніе не прекращается со смертью призваннаго, а пока призваніе

---

[218] См. выше, стр. 14.

впередъ назначенаго наслѣдникомъ лица не прекратилось, не можетъ быть рѣчи о призваніи субститута. Что касается римскаго права, то означенное положеніе вѣрно для него. Тотъ взглядъ на субституцію, изъ котораго вытекало бы необходимо признаніе ея преимущества надъ трансмиссіей, чуждъ римскому праву. Римское право не считаетъ, чтобы субституція была бы непремѣнно назначеніемъ наслѣдника на тотъ случай, если впередъ назначенное наслѣдникомъ лицо само не сдѣлается наслѣдникомъ. Напротивъ, въ источникахъ указывается, что слова si heres non erit, коими сопровождается субституція, должны пониматься въ случаѣ назначенія кого-либо, находящагося подъ чужою властью (alieni juris), смотря по обстоятельствамъ—или въ смыслѣ „si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit", или въ смыслѣ „si hereditatem sibi eive, cujus juri postea subjectus esse coeperit, non adquisierit" [219]. Итакъ, условіе субституціи si heres non erit не считается наступившимъ, если впередъ назначенный наслѣдникомъ не сдѣлался таковымъ, но чрезъ него еще можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ другое лицо, [220] а такой случай бываетъ и при трансмиссіи, такъ какъ трансмиссаръ можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ чрезъ трасмитента.

Сказанное подтверждается слѣдующимъ мѣстомъ:

l. 1. 72 D. de A. v. O. H. 29. 2.

(Paulus libro 1 ad Plautium).

Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem et, si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres antequam adiret decesserit: nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non solet.

---

[219] § 4 J. de vulg. subst. 2. 15; l. 41 D. de hered. inst. 28. 5.

[220] См. Arndts, Gesammelte Civilistische Schriften. T. II, стр. 170 и слѣд.

Здѣсь субститутъ назначенъ тому, кого завѣщатель назначилъ съ тѣмъ, чтобъ онъ принялъ наслѣдство въ положенный срокъ. Если назначенный въ наслѣдники умретъ до принятія наслѣдства, то принятіе не можетъ состояться такъ, какъ этого желалъ завѣщатель, и поэтому въ этомъ случаѣ Павелъ рѣшаетъ въ пользу субститута. Но очевидно, что если бъ вообще субституція имѣла преимущество надъ трансмиссіей, то нечего было бы ссылаться на то, что впередъ назначенный non ita adierit, чтобы рѣшить въ данномъ случаѣ въ пользу субститута. [221]

Наконецъ, въ связи съ l. 72 cit. и съ мѣстами, толкующими смыслъ выраженія si heres non erit получаетъ значеніе аргумента въ пользу того, что въ римскомъ правѣ трансмиссія имѣетъ преимущество надъ субституціей и l. unic. § 13 C. de cad tollendis 6. 51. Въ этомъ мѣстѣ конституціи Юстиніана говорится, что тамъ, гдѣ нѣтъ трансмиссіи, наслѣдство переходитъ къ субституту: „Такъ какъ въ началѣ закона (то-есть этой конституціи, именно въ § 5)“, говоритъ Юстиніанъ, „мы постановили, чтобы непринятое наслѣдство, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, не переходило къ наслѣдникамъ (призваннаго), то необходимо, чтобы въ случаѣ непринятія наслѣдства послѣднее перешло къ субституту“... [222]

---

[221] Ср. Mühlenbruch, Glück's Comm. т. 40, стр. 349 и противъ него Arndts (Gesamm. Civ. Schr., m. II, стр. 170).

[222] L. un. § 13 C. de cad. toll. 6. 51: Cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime quibusdam personis ad heredes transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire. См. Mühlenbruch, Glück's Comm. 43, стр. 237, сл. Sintenis, P. III, § 174, пр. 25. Windscheid, P. III, § 557, прим. 7.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

ПРЕЕМСТВО ВЪ ПРАВѢ ОТРЕЧЕНІЯ ПО РИМСКОМУ ПРАВУ.

Условія трансмиссіи ex jure suitatis. — L. 7 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2.— Теорія Marezoll.—Теорія Wieding.—Особенность положенія наслѣдника, имѣющаго jus abstinendi.—Отношеніе субституціи къ transmissio ex jure suitatis.— Послѣдствія волеизъявленія трансмиссаровъ.

Какъ извѣстно, въ римскомъ правѣ рядомъ съ системой пріобрѣтенія наслѣдства актомъ принятія существуетъ система пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure; римское право знаетъ не только heredes voluntarii, для которыхъ призваніе къ наслѣдованію и пріобрѣтеніе наслѣдства являются раздѣльными моментами, но и heredes sui et necessarii, для которыхъ оба момента сливаются въ одинъ моментъ и для которыхъ пріобрѣтеніе наслѣдства совершается не только помимо ихъ воли, но и противъ ихъ воли въ самый моментъ призванія, отчего ихъ названіе, въ противоположность heredes voluntarii, heredes sui et necessarii.

Тамъ, гдѣ выступаетъ въ римскомъ правѣ система пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure, достаточно для heres suus et necessarius пережить на мгновеніе своего наслѣдодателя, чтобы оставить въ своемъ наслѣдствѣ, какъ его составную часть, и наслѣдство своего наслѣдодателя. Такимъ образомъ, о трансмиссіи въ смыслѣ преемства въ призваніи не можетъ быть тутъ и рѣчи. Но и о трансмиссіи въ смыслѣ преемства въ правѣ отреченія отъ наслѣдства перваго наслѣдодателя не могло быть рѣчи въ древнѣйшемъ рим-

скомъ правѣ, такъ какъ право отреченія представляетъ собою институтъ лишь преторскаго права. Именно въ виду того, что положеніе тѣхъ, которые дѣлались наслѣдниками противъ своей воли, было, благодаря принципу semel heres, semper heres и отсутствію ограниченной отвѣтственности за долги наслѣдодателя (такъ какъ beneficium inventarii явилось лишь при Юстиніанѣ), особенно тягостнымъ, то преторъ предоставилъ такимъ наслѣдникамъ право отказаться отъ наслѣдства, если только они воздержались отъ всего того, что несомнѣнно считалось бы за дѣйствія наслѣдника, si se non immiscuerunt hereditati [1].

Многіе [2] полагаютъ, что съ появленіемъ у heres suus et necessarius права отреченія существенное различіе между системой пріобрѣтенія наслѣдства актомъ принятія и системой пріобрѣтенія ipso jure сгладилось. Это не совсѣмъ вѣрно для времени отъ возникновенія этого права отреченія и до Юстиніана. И дѣйствительно, между системой, основанной на принципахъ пріобрѣтенія наслѣдства актомъ принятія и недопущенія successio in delationem, и системой пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure сближеніе заключается не въ томъ, что наслѣдникъ, пріобрѣвшій ipso jure можетъ отречься отъ полученнаго наслѣдства, а въ томъ, что по отношенію къ heredes voluntarii допущено преемство въ правѣ призванія. Глубокая разница между обѣими системами заключается именно въ томъ, что при наслѣдованіи sui порядокъ наслѣдованія съ момента смерти наслѣдователя фиксируется окончательно, поскольку воля отрекшихся отъ наслѣдованія преемниковъ не измѣняетъ хода наслѣдованія; при наслѣдованіи heredes voluntarii, напротивъ, порядокъ наслѣдованія оставался столь же не-

---

[1] G. 2, §§ 152, 156, 157, 159; 3, §§ 1—4; pr., § 2 I. de her. qual. 2. 19; § 2 I. de hereditat qual. ab int. 3. 1.

[2] См., напр., Koeppen, Lehrbuch § 31, стр. 195.

опредѣленнымъ послѣ смерти наслѣдодателя, сколько и до этого момента; въ этомъ обстоятельствѣ заключалась слабая сторона римской системы наслѣдованія heredes voluntarii. Но съ возведеніемъ трансмиссіи въ призваніи въ правило на основаніи конституціи отъ 529 г. (l. 19 C. de jur. delib. 6. 30) и новеллы 158 это существенное различіе между обѣими системами, дѣйствительно, исчезаетъ: порядокъ наслѣдованія со смертью наслѣдодателя также фиксируется какъ въ той, такъ и въ другой; отличіе между ними—лишь формальнаго характера: въ обѣихъ системахъ со смертью наслѣдодателя возникаетъ альтернатива, хотя по формѣ различная, но та же по существу: быть или не быть наслѣдникомъ. Именно sui heredes предстоитъ или согласиться остаться наслѣдниками, каковое рѣшеніе выражается въ immixtio, или не согласиться ими остаться, каковое рѣшеніе выражается въ осуществленіи jus abstinendi. Равно, если по смерти такого наслѣдника эта альтернатива открывается и его наслѣдникамъ, то какъ при переходѣ этого положенія къ наслѣдникамъ наслѣдника, такъ и при переходѣ положенія призваннаго къ его наслѣдникамъ, тѣ и другіе наслѣдники становятся въ положеніи умершаго, какъ лица, имѣвшаго высказаться относительно выпавшаго ему наслѣдства, т.-е. иными словами мы имѣемъ въ томъ и другомъ случаѣ трансмиссію, различающуюся въ обоихъ случаяхъ лишь видовыми особенностями: въ трансмиссіи положенія призваннаго трансмитентомъ является призванный, который передаетъ по наслѣдству право сдѣлаться наслѣдникомъ или не сдѣлаться имъ; въ трансмиссіи положенія наслѣдника, имѣющаго право отречься отъ наслѣдства, трансмитентомъ является наслѣдникъ, который передаетъ право остаться наслѣдникомъ или перестать быть имъ [3].

Итакъ, первымъ условіемъ трансмиссіи послѣ heres suus

---

[3] См. выше, стр. 11 и слѣд.

et necessarius будетъ возможность для послѣдняго отречься отъ наслѣдства; такую возможность, какъ было сказано, онъ имѣлъ если не по jus civile, то по преторскому праву. Право отречься отъ наслѣдства, beneficium или jus abstinendi, пріобрѣтается вмѣстѣ съ наслѣдствомъ самимъ фактомъ пріобрѣтенія наслѣдства, такъ что не требуется ни того, чтобы, напримѣръ, наслѣдникъ выразилъ въ какой-либо формѣ желаніе имѣть это право или воспользоваться [4] имъ, ни того, чтобъ онъ зналъ, что сдѣлался наслѣдникомъ; далѣе, существованіе этого права не связано ни съ какими сроками; единственнымъ условіемъ его существованія является отсутствіе immixtio со стороны наслѣдника въ наслѣдство [5].

Другое условіе для трансмиссіи послѣ sui заключается, какъ это, впрочемъ, само собою разумѣется, въ способности права отреченія переходить по наслѣдству; но переходитъ ли jus abstinendi къ наслѣдникамъ? Чтобы утвердительно отвѣтить на этотъ вопросъ, нѣтъ нужды въ какомъ-либо спеціальномъ указаніи нашихъ источниковъ, такъ какъ положительный отвѣтъ является необходимымъ выводомъ изъ того, что было выше сказано о jus abstinendi. Въ самомъ дѣлѣ, если heres suus et necessarius, пріобрѣтя наслѣдство, пріобрѣтаетъ вмѣ-

---

[4] Сказаннымъ въ текстѣ не имѣется въ виду утверждать, чтобы и само осуществленіе этого права могло быть признано безъ того, чтобы была на такое осуществленіе выражена воля обладателя этого права. Обладать правомъ отреченія и осуществить таковое не то же самое, и что касается послѣдняго, т.-е. осуществленіе права отреченія, то оно само собою не разумѣется. См. Accarias, Précis de droit romain. Изд. 4-е, т. I, № 345, стр. 923, 924 и прим. 1, на стр. 924; ср. Koeppen, Lehrb., § 31, стр. 196 и сл.

[5] L. 12 D. de A. v. O. H. 29. 2 (Ulpianus libro 11 ad edictum). Ei qui se non miscuit hereditati paternae, sive major sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati... См. Windscheid, P. III, § 140, къ прим. 5 и самое примѣчаніе; Koeppen, Lehrbuch, стр. 196; Sintenis, P. III, § 202. 2 (стр. 643, 644); Dernburg, P. III, § 163. 2; Arndts, P. § 511.

стѣ съ нимъ и jus abstinendi и притомъ такимъ же образомъ, какъ и самое наслѣдство, т.-е. даже не зная о своихъ пріобрѣтеніяхъ, то при отсутствіи въ римскихъ источникахъ противорѣчащихъ данныхъ остается предположить, что въ случаѣ смерти наслѣдника въ положеніи deliberans или незнающаго о своемъ пріобрѣтеніи наслѣдства, вмѣстѣ съ наслѣдствомъ, которое ему досталось, переходитъ къ его heres suus, и связанное съ пріобрѣтеніемъ наслѣдства jus abstinendi. Тѣ же мотивы, которые побудили претора признать за heres suus право отказаться, могутъ оказаться налицо и по отношенію къ heredes sui et necessarii этого наслѣдника; иначе говоря, нѣтъ ничего неестественнаго предположить одинаковое вниманіе претора какъ къ filius familias, такъ и къ внуку наслѣдодателя. И дѣйствительно, Павелъ въ l. 7, § 1 D. de A. v. O. H. 29.2 (libro 1 ad Sabinum) о случаѣ

> Si filius prius, quam sciret se necessarium exstitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario

говоритъ, что:

> permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur,

т.-е. слѣдуетъ разрѣшить внуку отречься отъ дѣдовскаго наслѣдства, такъ какъ, знай отецъ о своемъ пріобрѣтеніи, онъ могъ бы осуществить право отреченія [6]. Но далѣе самый фактъ перехода по наслѣдству jus abstinendi къ suus является доказательствомъ, что это право, слѣдуя за пріобрѣтеніемъ наслѣдства, не есть строго личное право, а переживаетъ своего обладателя; поэтому, опять-таки при отсутствіи въ источникахъ противоположныхъ указаній, намъ остается также заключить, что и heredes voluntarii лица, имѣвшаго jus abstinendi, могутъ осуществить это право поскольку они, разумѣется, сдѣлавшись наслѣдниками suus,

---

[6] См. Windscheid, P. III, § 595, пр. 4.

сами se non miscuerunt въ то наслѣдство, отъ котораго они отказываются. Такъ разрѣшаетъ вопросъ о переходѣ jus abstinendi къ наслѣдникамъ наслѣдника господствующее мнѣніе [7]. По мнѣнію же нѣкоторыхъ, [8] jus abstinendi переходитъ по наслѣдству лишь къ sui лица, его имѣвшаго, а по мнѣнію Wieding это право вовсе не переходитъ по наслѣдству.

Въ обоснованіе перваго изъ этихъ мнѣній ссылаются на выше приведенную l 7, § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2. Это мѣсто говоритъ, какъ мы видѣли, о томъ случаѣ, когда сынъ умеръ прежде, чѣмъ узналъ, что онъ heres necessarius, и оставилъ послѣ себя въ качествѣ heres necessarius сына. Павелъ, которому принадлежитъ этотъ отрывокъ, рѣшаетъ, что внукъ можетъ отказаться отъ дѣдовскаго наслѣдства. Такъ какъ данное мѣсто содержитъ разрѣшеніе отказаться отъ дѣдовскаго наслѣдства внуку, являющемуся въ свою очередь heres necessarius отца своего, то нѣтъ основанія, по мнѣнію Marezoll, распространить сказанное о suus heres наслѣдодателя, имѣвшаго jus abstinendi, вообще на всѣхъ наслѣдниковъ этого послѣдняго.

Однако l. 7, § 1 cit., какъ основательно указалъ Vangerow [9], вовсе не говоритъ о томъ, что только sui heredes лица, имѣвшаго jus abstinendi, могутъ осуществить jus abstinendi наслѣдодателя; если даже отбросить всякія другія соображенія и ограничиться этимъ мѣстомъ, то въ крайнемъ случаѣ можно лишь утверждать, что это мѣсто оставляетъ вопросъ о переходѣ jus abstinendi къ прочимъ наслѣдникамъ (т.-е. къ

---

[7] См. Vangerow XXIV, стр. 158 (и прим. 10) и слѣд.; Windscheid, P. III, § 595, пр. 14; Dernburg, P. III, § 165, прим. 5; Koeppen, Lehrb. § 31, стр. 201. 3 и прим. 3; Mühlenbruch, т. 42, стр. 345 и сл.; 350 и сл. Arndts, § 511, къ прим. 4.

[8] Marezoll, стр. 85 и сл.; Witte R. Lex. I (1839), стр. 860; Huschke, Zschrift f. Civ. u. Pr. N. f. VII, стр. 84 и сл.

[9] Vangerow XXIV, стр. 163.

heredes voluntarii) лица, имѣвшаго это право, открытымъ: въ самомъ дѣлѣ, вопросъ, который l. 7, § 1 cit. имѣетъ непосредственно въ виду, заключается не въ томъ, къ какимъ наслѣдникамъ наслѣдника переходитъ jus abstinendi послѣдняго, а въ томъ, можетъ ли быть рѣчь о переходѣ jus abstinendi по наслѣдству, если наслѣдодатель умеръ, не зная о томъ, что онъ heres necessarius. Этотъ вопросъ Павелъ рѣшаетъ утвердительно: quia et patri ejus idem tribueretur. Утвержденіе, что въ l. 7, § 1 выставлено условіемъ перехода jus abstinendi то, чтобы трансмиссаръ былъ въ свою очередь heres necessarius, такъ же извращаетъ смыслъ этого мѣста, какъ, напримѣръ, извращаетъ его смыслъ утвержденіе, что условіемъ трансмиссіи въ l. 7, § 1 cit. выставлено незнаніе трансмитента о томъ, что онъ heres necessarius [10].

Къ вышеуказанному, ничѣмъ неоправдываемому ограничительному толкованію l. 7, § 1 cit. Marezoll былъ, повидимому, приведенъ прежде всего своимъ особымъ взглядомъ на переходъ по наслѣдству jus abstinendi. По его мнѣнію, право наслѣдниковъ heres necessarius отказаться отъ наслѣдства, отъ котораго не успѣлъ отказаться самъ heres necessarius, будетъ такимъ же исключительнымъ явленіемъ, такимъ же чрезвычайнымъ отступленіемъ отъ принципа, какъ и принятіе наслѣдниками призваннаго наслѣдства, которое послѣдній не успѣлъ принять; отсюда его ограничительное толкованіе l. 7, § 1 cit. [11]. Однако, нигдѣ въ источникахъ не говорится о неспособности jus abstinendi переходить по наслѣдству, нѣтъ положенія аналогичнаго положенію Юстиніана hereditas nisi fuerit adita etc. Наконецъ, трансмиссія положенія призваннаго является самостоятельнымъ преемствомъ: не наслѣдство переходитъ, а лишь право принять его или отказаться отъ него. Не такъ обстоитъ

---

[10] См. Marezoll, стр. 91; Wieding, стр. 23, 24.
[11] Marezoll, стр. 94, 95.

дѣло съ преемствомъ въ jus abstinendi. Это право переходитъ не самостоятельно, а какъ принадлежность наслѣдства, которое тоже переходитъ къ наслѣдникамъ наслѣдника, не успѣвшаго отречься отъ наслѣдства; поэтому сужденія о преемствѣ въ jus abstinendi, основанныя на мнимой аналогіи, падаютъ сами собою. Далѣе Marezoll приводитъ въ пользу ограничительнаго толкованія слѣдующія соображенія: въ l. 7, § 1 идетъ рѣчь объ отреченіи отъ наслѣдства отъ имени другого suus, а такое отреченіе равно предполагаетъ въ лицѣ отрекающагося тѣ же условія, какія имѣются въ лицѣ, отъ имени котораго отрекаются; jus abstinendi имѣетъ именно suus, слѣдовательно, вмѣсто него можетъ опять-таки отречься только suus heres. Но Vangerow [12], между прочимъ, указалъ, что этотъ аргументъ бьетъ дальше цѣли: если бъ онъ былъ вѣренъ, то выходило бы, что трансмиссаромъ могъ быть не тотъ, кто является heres трансмитента, а лишь такой наслѣдникъ трансмитента, который былъ бы и suus heres наслѣдодателя трансмитента, т.-е. получился бы выводъ, очевидно, не согласный съ рѣшеніемъ Павла.

Wieding также отрицаетъ, чтобы heredes extranei лица, имѣвшаго jus abstinendi, имѣли тоже это право, но онъ приходитъ къ этому заключенію инымъ путемъ, и притомъ принципіально расходясь съ Marezoll. Онъ исходитъ изъ того утвержденія, что jus abstinendi вовсе не переходитъ по наслѣдству; на это утвержденіе и на выводы, которые онъ изъ него дѣлаетъ, Wieding, повидимому, былъ соблазненъ сослагательнымъ наклоненіемъ, въ которомъ употребленъ глаголъ въ мотивировкѣ Павла quia patri ejus idem tribueretur. По его мнѣнію [13], въ случаѣ, который приведенъ въ l. 7, § 1, отецъ не имѣлъ jus abstinendi, и Павелъ, слѣдовательно,

---

[12] Vangerow XXIV, стр. 164, пр. 17.
[13] Стр. 10 и слѣд.

не могъ говорить о томъ, чтобы это право переходило по наслѣдству; здѣсь внукъ, утверждаетъ онъ, отказывается отъ наслѣдства для себя и suo nomine, онъ осуществляетъ свое jus abstinendi, хотя это право ему предоставляется именно въ виду того, что таковое могъ имѣть его отецъ: отцу было бы предоставлено jus abstinendi потому, что 1) онъ сдѣлался наслѣдникомъ ipso jure и 2) съ его стороны не было immixtio въ наслѣдство. Сыну его на самомъ дѣлѣ дано jus abstinendi именно потому только, что у него имѣются тѣ же основанія, какія были у отца, т.-е. потому, что онъ пріобрѣлъ это наслѣдство ipso jure, и нѣтъ съ его стороны immixtio въ это наслѣдство.

Однако, утверждая, что въ случаѣ, о которомъ говоритъ l. 7, § 1, отецъ не имѣлъ jus abstinendi, Wieding становится въ противорѣчіе съ самимъ собою. Если бы дѣйствительно отецъ здѣсь не имѣлъ этого права, то выходило бы, что l. 7, § 1 cit. обусловливаетъ пріобрѣтеніе этого права тѣмъ, чтобы данное лицо знало о томъ, что оно—heres necessarius; именно въ l. 7, § 1 то самое лицо, о которомъ сказано idem tribueretur, умерло прежде чѣмъ sciret se necessarium exstitisse heredem. Между тѣмъ Wieding въ другомъ мѣстѣ основательно отрицаетъ, чтобъ въ l. 7, § 1 было выставлено въ качествѣ условія чего бы то ни было знаніе наслѣдника [14].

Въ подкрѣпленіе своего утвержденія Wieding подробно разбираетъ какъ мнѣніе, по которому jus abstinendi переходитъ по наслѣдству ко всѣмъ безразлично наслѣдникамъ, такъ и мнѣніе, по которому это право получаютъ по наслѣдству лишь sui, и, конечно, пытается доказать несостоятельность обоихъ. По поводу перваго мнѣнія Wieding замѣчаетъ, что extraneus пріобрѣтаетъ наслѣдство всегда по собствен-

---

[14] Стр. 23 и 51.

ной волѣ; вступивъ въ наслѣдство сына [15], extraneus тѣмъ самымъ вступилъ въ наслѣдство и отца, которое содержится въ первомъ; оба наслѣдства, и сына и отца, составляютъ единое, нераздѣльное наслѣдство, поэтому aditio этого наслѣдства простирается и на отцовское. Если допустить, что jus abstinendi переходитъ къ heres extraneus, то тѣмъ самымъ мы должны, по мнѣнію Wieding, придти къ нелѣпому выводу, что extraneus можетъ отказаться отъ наслѣдства отца наслѣдодателя, которое онъ, какъ extraneus, уже принялъ sua voluntate, а не пріобрѣлъ ipso jure [16].

Вся аргументація Wieding построена на нѣкоторой неточности въ выраженіяхъ; онъ говоритъ о единомъ нераздѣльномъ наслѣдствѣ, которое образовалось изъ наслѣдства сына и наслѣдства отца [17]. Extraneus путемъ aditio имѣетъ пріобрѣсть наслѣдство сына; въ этомъ наслѣдствѣ имѣется, правда, и другое наслѣдство, но можно ли говорить, что послѣднее является нераздѣльною частью перваго, хотя бы только юридически [18]? Въ лучшемъ случаѣ въ такомъ утвержденіи заключается petitio principii: надо именно доказать, что сынъ, пріобрѣтя наслѣдство отъ отца съ правомъ отказаться отъ него, передаетъ его послѣ смерти въ своемъ имуществѣ уже безъ этого права. Пока это не доказано, утвержденія о нераздѣльномъ наслѣдствѣ, о томъ, что aditio сы-

---

[15] Wieding имѣетъ въ виду слѣдующій случай: умеръ pater familias, а за симъ умираетъ его filius familias, не зная о смерти отца. Къ наслѣдованію послѣ сына, который сталъ sui juris по смерти отца своего, призывается, скажемъ, его мать, являющая такимъ образомъ heres extraneus.

[16] Стр. 17 и 18.

[17] „Giebt es“, говоритъ онъ на стр. 16 въ концѣ, „juristisch nur eine ungetrennte Erbschaft, so wirkt die Adition der Extraneus für alle Theile derselben. Die väterliche Erbschaft des suus ist ein Theil dieser ungetrennten Erbschaft gewesen“.

[18] Что фактически оба наслѣдства раздѣльны, признаетъ самъ Wieding (стр. 53).

новняго наслѣдства простирается на отцовское наслѣдство, и самые выводы изъ этихъ утвержденій являются, по меньшей мѣрѣ, голословными.

Такъ же неудачна попытка Wieding доказать, что jus abstinendi не переходитъ по наслѣдству даже къ sui heredes; при этомъ необыкновенно странною является его аргументація. Такъ, чтобы доказать нелѣпость, къ которой привело утвержденіе, что jus abstinendi переходитъ по наслѣдству къ sui heredes, онъ приводитъ [19] тотъ случай, когда въ наслѣдствѣ, оставшемся послѣ трансмитента, пассивъ превышаетъ активъ, а отцовское наслѣдство, которое ему досталось, наоборотъ, является выгоднымъ и трасмиссаромъ состоитъ suus heres трансмитента. Объ этомъ случаѣ онъ разсуждаетъ такъ: „Если jus abstinendi переходитъ по наслѣдству, то изъ этого обстоятельства слѣдуетъ отдѣленіе отцовскаго отъ собственнаго наслѣдства трансмитента и, наоборотъ, этого наслѣдства отъ того. Трансмиссаръ можетъ отречься отъ обоихъ, отъ одного по собственному праву, отъ другого ex persona testatoris. „Beneficia non obtruduntur“: трансмиссаръ никогда не принуждается къ отреченію. Если онъ осуществитъ свое jus abstinendi, а дѣдовское наслѣдство удержитъ, то онъ поживится на счетъ кредиторовъ своего отца. Такой результатъ настолько противенъ духу преторскаго права, что его нельзя допустить“.

Это удивительное разсужденіе также есть плодъ недоразумѣнія, и случай, о которомъ говоритъ Wieding, невозможенъ по той простой причинѣ, что внукъ никоимъ образомъ не можетъ пріобрѣсти наслѣдства отъ дѣда, отказавшись отъ отцовскаго наслѣдства. Переходъ jus abstinendi вовсе не вызываетъ той именно обособленности, въ силу которой, какъ утверждаетъ Wieding, внукъ, будучи наслѣдникомъ въ двухъ

---

[19] Стр. 42.

различныхъ имуществахъ, можетъ отъ любого отказаться и любое принять. Внукъ наслѣдуетъ отцу ipso jure, это значитъ, что юридически имущество умершаго его отца дѣлается составною частью его имущества безъ всякаго на то съ его стороны выраженія воли. Но у внука есть jus abstinendi; осуществляя его, внукъ прекращаетъ юридическое сліяніе обоихъ имуществъ: онъ юридически извлекаетъ имущество, оставшееся послѣ его отца, изъ своего. Точно такъ же и по отношенію къ дѣдовскому наслѣдству. Если внукъ приметъ отцовское наслѣдство, то онъ найдетъ въ немъ и дѣдовское, но съ правомъ отречься отъ него. Право отреченія отъ дѣдовскаго наслѣдства, доставшееся ему такимъ образомъ отъ отца, не создаетъ самостоятельнаго положенія его къ дѣдовскому наслѣдству, то что Wieding разумѣетъ подъ обособленностью, а лишь юридическую возможность выдѣлить изъ отцовскаго наслѣдства дѣдовское; осуществляя эту возможность, онъ тѣмъ ставитъ конецъ сліянію отцовскаго и дѣдовскаго наслѣдствъ. Если же внукъ отречется отъ отцовскаго наслѣдства, то, какъ необходимо вытекаетъ изъ только что сказаннаго, онъ постольку же перестаетъ быть наслѣдникомъ дѣда, поскольку онъ не будетъ болѣе наслѣдникомъ отца.

Но, отрицая, чтобы jus abstinendi переходило по наслѣдству, Wieding признаетъ, что положеніе suus, которое характеризуется тѣмъ, что suus пріобрѣтаетъ наслѣдство ipso jure и что онъ можетъ отказаться отъ него, воспроизводится и для его наслѣдника, именно для его собственнаго suus heres. „Мы покажемъ“, говоритъ онъ, „что и безъ того, чтобы jus abstinendi переходило по наслѣдству, можетъ быть рѣчь о трансмиссіи arbitrium praedictum“ [20]. Онъ начинаетъ съ утвержденія, что въ случаѣ, который Павелъ приводитъ въ l. 7,

[20] Стр. 50.

§ 1 cit., трансмиссаръ необходимо долженъ быть suus, такъ какъ beneficium abstinendi, не переходя по наслѣдству, можетъ быть предоставлено, какъ собственное право, лишь suus. Засимъ онъ указываетъ, что трансмиссаръ можетъ быть suus heres только трансмитента, потому что самъ трансмитентъ уже сдѣлался suus heres своего отца и наслѣдство послѣдняго „нераздѣльно" вмѣстѣ со своимъ оставилъ своему сыну, т.-е. внуку отца своего. Разъ внуку (suus nepos) дается jus abstinendi въ качествѣ его собственнаго права, а не по преемству, то въ такомъ случаѣ пріобрѣтеніе ipso jure наслѣдства внукомъ является личнымъ пріобрѣтеніемъ, въ отношеніе къ коему ему и предоставляется jus abstinendi. Это пріобрѣтеніе подходитъ подъ понятіе трансмиссіи, или, точнѣе говоря, и есть та форма, въ которой наслѣдство трансмитируется въ пользу sui heredes. Deliberatio трансмитента основывается на возможности для него отречься отъ наслѣдства, которое онъ ipso jure пріобрѣлъ; точно такъ же трансмиссаръ имѣетъ возможность отречься отъ этого самаго наслѣдства, которое также пріобрѣлъ ipso jure. Слѣдовательно, suus heres оставляетъ своему suus наслѣдство такъ, что послѣдній можетъ также обсудить, остаться ли ему наслѣдникомъ или отречься отъ наслѣдства. Наконецъ, если suus осуществитъ свое благопріобрѣтенное jus abstinendi и откажется отъ дѣдовскаго наслѣдства, которое было частью отцовскаго наслѣдства, то дѣдовское наслѣдство обратно выдѣляется въ свой прежній самостоятельный видъ, и у отказавшагося отъ него suus остается наслѣдство отца уже въ томъ видѣ, въ какомъ отецъ оставилъ бы таковое, если бы самъ отказался отъ того наслѣдства, отъ котораго отказался его сынъ [21].

Итакъ, Wieding приходитъ къ тому же выводу, къ ка-

[21] Стр. 50—53.

кому пришелъ Marezoll: внукъ (nepos suus) имѣетъ jus abstinendi по отношенію къ дѣдовскому наслѣдству. Но въ отличіе отъ Marezoll онъ утверждаетъ, что внукъ имѣетъ это право не по преемству, а въ силу имѣющихся у него данныхъ тождественныхъ съ тѣми, въ силу которыхъ могъ получить jus abstinendi его отецъ. Этими данными у отца являются: пріобрѣтеніе ipso jure и отсутствіе съ его стороны immixtio въ наслѣдство. Ошибка въ разсужденіи Wieding заключается въ слѣдующемъ: недостаточна для jus abstinendi внука наличность тѣхъ данныхъ, о которыхъ говоритъ Wieding, недостаточны пріобрѣтенія ipso jure и отсутствіе immixtio въ дѣдовское наслѣдство. Помимо того, что положеніе его по отношенію къ дѣду иное, нежели положеніе его отца по отношенію къ тому же дѣду (отецъ его былъ heres necessarius дѣда его, а онъ, т.-е. внукъ, лишь heres necessarius своего отца), самъ Wieding говоритъ, что jus abstinendi дано внуку im Hinblick auf die dem Vater einst eröffnete Möglichkeit, а въ этомъ случаѣ онъ только повторяетъ мотивировку Павла, который говоритъ, что permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur. Такимъ образомъ, возможность внуку отречься отъ дѣдовскаго наслѣдства обусловлена тѣмъ, была ли у его отца возможность отречься отъ наслѣдства, а мы знаемъ, что когда данное лицо пріобрѣтаетъ право такого же содержанія, какого было право другого лица и притомъ основаніе замѣненнаго права является основаніемъ замѣнившаго его права, то мы имѣемъ дѣло съ случаемъ преемства: говорятъ, что данное право переходитъ къ другому субъекту.

Все вышесказанное о теоріяхъ Marezoll и Wieding побуждаетъ насъ признать правильность господствующаго мнѣнія, признающаго, что jus abstinendi наслѣдника переходитъ по наслѣдству ко всѣмъ наслѣдникамъ, какъ sui, такъ и extranei, и притомъ безразлично, зналъ ли трансмитентъ о

своемъ пріобрѣтеніи, или нѣтъ, и что, наконецъ, переходъ jus abstinendi не связанъ какимъ-либо срокомъ, коимъ, напротивъ, связанъ переходъ права изъ призванія.

Такимъ образомъ, единственнымъ условіемъ перехода jus abstinendi [которое есть не что иное, какъ наслѣдственное преемство въ положеніи лица, имѣющаго право окончательно пріобрѣсти наслѣдство или отречься отъ него, и которое мы назовемъ слѣдуя, напримѣръ, Dernburg,—transmissio ex jure suitatis [22]] будетъ то, чтобы трансмитентъ, умирая, имѣлъ еще jus abstinendi. Но въ отличіе отъ положенія призваннаго, положеніе наслѣдника, имѣющаго jus abstinendi, обладаетъ тою особенностью, что осуществленіе этого права не имѣетъ того же рѣшительнаго значенія, какое имѣетъ отреченіе призваннаго отъ открытаго ему наслѣдства: между тѣмъ какъ immixtio наслѣдника [23], такъ же какъ aditio, agnitio, pro herede gestio призваннаго окончательно опредѣляютъ судьбу наслѣдства, римское право допускаетъ, напротивъ, чтобъ, пока наслѣдство, по отношенію къ которому наслѣдникъ осуществилъ jus abstinendi, не отошло къ кому-нибудь другому или не было ликвидировано въ пользу кредиторовъ наслѣдодателя, наслѣдникъ могъ отмѣнить свое рѣшеніе, замѣнивъ его другимъ и уже на этотъ разъ окончательнымъ, остаться наслѣдникомъ. Юстиніанъ, однако, этой возможности отмѣнить свое рѣшеніе, пока наслѣдство не перешло ни къ кому и еще цѣло, положилъ трехгодичный срокъ [24]. Спрашивается теперь, принадлежитъ ли право отмѣнить рѣшеніе отстраниться отъ наслѣдства только автору этого рѣшенія, и, слѣдовательно, съ его смертью отреченіе

---

[22] P. III, § 165, къ прим. 5.

[23] И притомъ не только въ формѣ распоряженія чѣмъ-либо изъ наслѣдства въ качествѣ наслѣдника, но и въ формѣ прямого объявленія воли se heredem esse, l. 12 pr. D. de interrogat. 11. 1.

[24] L. 6 C. de repudianda vel abst. 6. 31.

вступаетъ въ окончательную силу, или же могутъ отмѣнить означенное рѣшеніе, если не истекъ юстиніановскій срокъ, наслѣдники отрекшагося отъ наслѣдства и, такимъ образомъ, вступить въ это наслѣдство? Возможность въ римскомъ правѣ для heres necessarius отмѣнить выраженное имъ рѣшеніе отречься отъ наслѣдства, указываетъ на то, что объявленіе воли se hereditate abstinere считается окончательнымъ по своему дѣйствію лишь съ наступленіемъ фактической невозможности для отказавшагося осуществить свое право на наслѣдованіе; слѣдовательно до этого момента положеніе отказавшагося будетъ все то же, что и до объявленія имъ о томъ, что онъ se hereditate abstinuit; для него продолжаетъ существовать альтернатива, быть или не быть наслѣдникомъ. Такъ какъ это положеніе не перестаетъ существовать чрезъ одно волеизъявленіе объ отреченіи отъ наслѣдства, то нѣтъ ему никакихъ основаній не перейти къ наслѣдникамъ отрекшагося, въ случаѣ если послѣдній умретъ до истеченія вышеозначенныхъ трехъ лѣтъ, и наслѣдство притомъ фактически еще останется въ томъ же положеніи.

Въ пользу перехода положенія отрекшагося, но имѣющаго еще право отъ своего отреченія отказаться, говорятъ и соображенія положительнаго характера. Прежде всего этотъ переходъ наиболѣе соотвѣтствуетъ духу римскаго наслѣдственнаго права. Дѣло въ томъ, что принципъ semel heres, semper heres, что касается heres necessarius, не абсолютно исчезаетъ передъ враждебнымъ ему преторскимъ положеніемъ, что heredes necessarii могутъ se hereditate abstinere. Конечно, съ отреченіемъ отъ наслѣдства дѣло обстоитъ такъ, какъ будто отрекшійся вовсе не сдѣлался наслѣдникомъ [25], но если различать heres отъ bonorum possessor, то, несмотря на

---

[25] Windscheid, P. III, § 595, къ прим. 6; Koeppen, Lehrb. § 31, стр. 199; Dernburg, P. III, § 163, къ прим. 12—13; Arndts, P. § 511.

jus abstinendi, наслѣдникъ все же остается таковымъ; послѣ его отказа не открывается вновь jure civili наслѣдство, и преемникъ наслѣдодателя вмѣсто отрекшагося вовсе не наслѣдникъ перваго, а bonorum possessor и, разумѣется, bonorum possesor cum re. Наконецъ, сама bonorum possessio, которая имѣетъ мѣсто за отреченіемъ наслѣдника, не въ силахъ фактически устранить рѣшительно всякое дѣйствіе принципа semel heres, semper heres, такъ что положеніе, что отрекшійся сохраняетъ лишь nudum nomen sui heredis не во всѣхъ рѣшительно случаяхъ оправдывается. Такъ, если pupillus распорядился bona fide чѣмъ-либо изъ наслѣдства, напримѣръ, продалъ tutore auctore что-либо изъ наслѣдства, то распоряженіе не отмѣняется, хотя онъ засимъ se heredidate abstinuit [26]; слѣдовательно, въ данномъ примѣрѣ продажа вещи останется въ силѣ, съ чѣмъ должны считаться bonorum possessor, заступившій мѣсто pupillus, а равно и кредиторы наслѣдодателя, независимо отъ того, состоятеленъ или нѣтъ самъ pupillus [27]. Если еще, сверхъ всего сказаннаго, принять во вниманіе, что преторъ предоставлялъ potestas abstinendi не въ качествѣ принципа наслѣдственнаго права, а лишь какъ льготу (почему также названіе beneficium abstinendi), которую притомъ онъ не навязываетъ, то будетъ очевидно, что наслѣднику (heres necessarius), хотя и воспользовавшемуся potestas abstinendi, ничто не мѣшаетъ фактически вступить въ наслѣдство, если только, конечно, не возникли на почвѣ его отреченія препятствія къ осуществленію имъ своихъ правъ, какъ наслѣдника, именно, если кѣмъ-либо не совершена была agnitio, или наслѣдство еще не ликвидировано. Такимъ образомъ, отмѣняя свое отреченіе, онъ тѣмъ не совершаетъ

---

[26] L. 6, § 1 D. de reb. auct. jud. 42. 5.

[27] L. 44 D. de A. v. O. H. 29. 2. См. Windscheid, P. III, § 595, къ прим. 12 и мѣста источниковъ, тамъ приведенныя; Koeppen. Lehrb. § 31. 2, стр. 199 и прим. 3, тамъ же.

акта пріобрѣтенія вновь званія и правъ наслѣдника, каковыя, пока не возникли указанныя препятствія, продолжаютъ у него существовать, а совершаетъ актъ immixtio,—актъ, которымъ онъ окончательно теряетъ право отречься отъ наслѣдства [28]; далѣе, умирая до совершенія этого акта и до возникновенія вышеозначенныхъ препятствій, онъ тѣмъ самымъ необходимо передаетъ въ своемъ наслѣдствѣ и свое положеніе наслѣдника: пока, поэтому, не возникнутъ вышеуказанныя препятствія, также и наслѣдники его будутъ имѣть возможность осуществить свои права въ томъ имуществѣ, въ коемъ былъ наслѣдникомъ ихъ наслѣдодатель.

Наконецъ, въ пользу права наслѣдниковъ на наслѣдство, отъ котораго отрекся ихъ наслѣдодатель, говоритъ еще то, не безразличное для Римлянина, соображеніе, что если отрекшійся наслѣдникъ такъ и умеръ безъ того, чтобы нашлись охотники до bonorum possessio, то возможность, предоставленная наслѣднику отрекшагося se immiscere въ данное наслѣдство, уменьшаетъ для наслѣдодателя рискъ умереть безъ наслѣдника и въ частности умереть intestatus; съ другой стороны, изъ-за предоставленія этой возможности наслѣднику отрекшагося рѣшительно не страдаютъ ничьи интересы, такъ какъ до отмѣны отреченія и послѣ смерти отрекшагося ничто не мѣшаетъ лицамъ, имѣющимъ на то право, bonorum possessionem petere, а кредиторы наслѣдодателя отъ этой отмѣны могутъ только выиграть.

Все сказанное о heres necessarius, умершемъ не отмѣнивъ своего отреченія, предрѣшаетъ вопросъ объ отношеніи субституціи къ transmissio ex jure suitatis. Субституція есть

---

[28] Согласно сказанному въ текстѣ, вовсе нельзя положеніе suus, отрекшагося отъ наслѣдства, но еще сохранившаго за собою право отмѣнить свое рѣшеніе, приравнивать къ положенію призваннаго, и потому равно нельзя преемство въ положеніи такого наслѣдника подвести подъ правила, касающіяся наслѣдованія въ положеніи призваннаго.

назначеніе наслѣдника на тотъ случай, если другое назначенное лицо по той или другой причинѣ не будетъ наслѣдникомъ; такъ какъ heres necessarius становится таковымъ въ самый моментъ призванія, то, какъ было указано [29], о коллизіи между трансмиссіей и субституціей не можетъ быть рѣчи; но иное дѣло, если heres necessarius se hereditate abstinuit и умретъ. Въ такомъ случаѣ субституція можетъ имѣть мѣсто, такъ какъ heres necessarius считается какъ будто онъ не сдѣлался наслѣдникомъ [30], и субститутъ получаетъ bonorum possessio [31]. Однако, возможность субституту получить bonorum possessio вовсе не мѣшаетъ наслѣдникамъ отрекшагося осуществить свое право трансмиссаровъ. Какъ отрекшійся могъ, пока субститутъ не озаботился объ испрошеніи bonorum possessio, отмѣнить свое отреченіе и фактически вступить въ наслѣдство, такъ и наслѣдники его могутъ вступить въ это наслѣдство, пока субститутъ не совершилъ акта принятія, vigilanti jus! тѣмъ болѣе, что наслѣдники отрекшагося, вступая фактически въ наслѣдство его наслѣдодателя, только осуществляютъ перешедшее къ нимъ вмѣстѣ съ наслѣдствомъ отрекшагося право наслѣдника, которое у него было до самой смерти, несмотря на осуществленіе послѣднимъ jus abstinendi.

Но, разумѣется, сказаннымъ не имѣется въ виду отрицать у наслѣдодателя право распорядиться такъ, чтобы субституція вытѣсняла трансмиссію. Такъ, при назначеніи субститута подъ условіемъ, если наслѣдникъ se hereditate abstinuit, осуществленіе наслѣдникомъ jus abstinendi будетъ наступленіемъ условія субституціи, и, слѣдовательно, въ данномъ слу-

---

[29] См. выше, стр. 14 и прим. 21.
[30] См. выше, стр. 171 и пр. 25 тамъ же.
[31] L. 44 D. de re judicata 42. 1.

чаѣ трансмиссія уступаетъ мѣсто субституціи [32]. Равно, конечно, трансмиссія будетъ исключена субституціей, если послѣдняя состоится подъ условіемъ, что наслѣдникъ умретъ, не отмѣнивъ своего отреченія: въ такомъ условіи выражена воля завѣщателя, чтобы назначенный наслѣдникъ фактически и лично вступилъ въ наслѣдство, и чтобы, въ противномъ случаѣ, наслѣдство отошло къ другому, спеціально въ виду этого случая назначенному лицу.

Обращаясь теперь къ послѣдствіямъ волеизъявленія трансмиссара о принятіи или непринятіи того наслѣдства, отъ котораго трансмитентъ, умирая, имѣлъ право отказаться, не трудно усмотрѣть, согласно съ вышеизложеннымъ о понятіи transmissio ex jure suitatis и съ основными положеніями римскаго наслѣдственнаго права, что трансмиссаръ, становясь въ положеніи трансмитента, въ случаѣ принятія отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя трансмитента не только тѣмъ, чѣмъ отвѣчалъ бы самъ трансмитентъ, но и всѣмъ личнымъ имуществомъ: всѣ три имущества—наслѣдодателя, трансмитента и трансмиссара—сливаются въ одно имущество.

Но раздѣльность имуществъ можетъ быть установлена:

1. Волею трансмиссаровъ. Прежде всего трансмиссары могутъ воспользоваться beneficium inventarii по отношенію къ наслѣдству, оставшемуся послѣ трансмитента. Въ силу этой льготы они отвѣчаютъ предъ кредиторами какъ трансмитента, такъ и его наслѣдодателя, лишь въ размѣрѣ актива обоихъ наслѣдствъ. Въ самомъ дѣлѣ, что касается долговъ наслѣдодателя трансмитента, то за нихъ отвѣчаетъ имущество трансмитента въ полномъ объемѣ, такъ какъ транс-

---

[32] Но, конечно, если, напримѣръ, субститутъ отречется отъ наслѣдства или умретъ до наслѣдодателя, то субституція дѣлается недѣйствительной, и наслѣдникъ тогда становится въ то положеніе, въ какомъ онъ былъ бы, если бы вовсе не было субституціи.

миссары, отказавшись отъ jus abstinendi по отношенію наслѣдства, которое получилъ трансмитентъ, оставили это наслѣдство составною частью имущества трансмитента, и, такимъ образомъ, долги перваго наслѣдодателя входятъ въ составъ пассива наслѣдства трасмитента, а за долги въ имуществѣ трансмитента въ его новомъ составѣ отвѣчаютъ трансмиссары, въ силу beneficium inventarii наслѣдства въ означенномъ составѣ лишь размѣрами его актива. Трансмиссары могутъ также воспользоваться beneficium inventarii только по отношенію къ наслѣдству, которое досталось трансмитенту. Въ такомъ случаѣ кредиторы перваго наслѣдодателя должны будутъ ограничиться лишь этимъ имуществомъ.

2. Волею кредиторовъ, именно: a) кредиторы наслѣдодателя могутъ потребовать separatio (bonorum). Въ силу этой льготы имущество наслѣдодателя идетъ, прежде всего, исключительно на ихъ удовлетвореніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ они лишаются, какъ учили Ульпіанъ и Павелъ, права искать удовлетворенія въ имуществѣ трансмитента, а слѣдовательно, и въ имуществѣ трансмиссара. Послѣдній выводъ напрашивается самъ собою: имущество перваго наслѣдодателя можетъ быть въ составѣ имущества трансмиссара лишь въ качествѣ составной части имущества трансмитента. Будучи, вслѣдствіе separatio, выдѣлено изъ имущества послѣдняго, наслѣдство перваго наслѣдодателя тѣмъ самымъ исключено изъ имущества трансмиссара, отсюда — неотвѣтственность трансмиссара ни въ какой мѣрѣ передъ кредиторами перваго наслѣдодателя, воспользовавшимися правомъ обособленія наслѣдствъ; b) также кредиторы трансмитента могутъ потребовать обособленія наслѣдства трансмитента, но, разумѣется, обособленія лишь отъ имущества трансмиссара, а не отъ наслѣдства перваго наслѣдодателя, такъ какъ имущество трансмитента отвѣтственно за долги перваго наслѣдодателя, чье наслѣдство входитъ составною частью въ имущество транс-

митента. По той же причинѣ имущество перваго наслѣдодателя, какъ имущество трансмитента, пойдетъ, прежде всего, исключительно на удовлетвореніе кредиторовъ трансмитента, потребовавшихъ обособленія наслѣдства, оставшагося послѣ ихъ должника.

Съ осуществленіемъ же трансмиссаромъ beneficium abstinendi, которое имѣлъ трансмитентъ по отношеніи къ полученному имъ наслѣдству, это наслѣдство отдѣляется отъ двухъ прочихъ имуществъ, при чемъ трансмиссаръ, принявъ наслѣдство трансмитента и отказавшись отъ наслѣдства наслѣдодателя трансмитента, тѣмъ самимъ выдѣляетъ это наслѣдство изъ наслѣдства трансмитента; онъ, т.-е. трансмиссаръ, сталобыть, получаетъ наслѣдство трансмитента въ томъ видѣ, въ какомъ онъ получилъ бы, если бы трансмитентъ самъ при жизни отказался отъ этого наслѣдства. Отсюда кредиторы наслѣдодателя не имѣютъ никакихъ претензій ни къ имуществу трансмитента, ни къ имуществу трансмиссара. Но такъ какъ, далѣе, трансмиссаръ выдѣляетъ наслѣдство наслѣдодателя не изъ той части своего имущества, которое было до момента наслѣдованія личнымъ его имуществомъ, а изъ той части, которая была имуществомъ трансмитента, то положеніе выдѣленнаго наслѣдства необходимо будетъ именно то, въ которомъ это наслѣдство находилось бы, если бы самъ трансмитентъ отказался. Посему, съ отреченіемъ трансмиссара отъ этого наслѣдства, послѣднее пойдетъ ближайшимъ послѣ трансмитента наслѣдникамъ наслѣдодателя: такъ, наслѣдство можетъ отойти къ субституту, можетъ имѣть мѣсто приращеніе долей сонаслѣдниковъ, призваніе по закону лицъ слѣдующей очереди.

Въ случаѣ, если у трансмитента нѣсколько наслѣдниковъ, то всѣ они будутъ трансмиссарами, это значитъ, что всѣ они становятся въ положеніе трансмитента, имѣвшаго jus abstinendi по отношенію къ наслѣдству, которое онъ пріобрѣлъ

ipso jure. Поэтому каждый изъ трансмиссаровъ, въ случаѣ принятія наслѣдства послѣ наслѣдодателя трансмитента, отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя всѣмъ своимъ личнымъ имуществомъ и полученною послѣ трансмитента долею наслѣдства; размѣръ отвѣтственности опредѣляется той долей, которая приходится каждому изъ трансмиссаровъ изъ наслѣдства наслѣдодателя и которая, въ свою очередь, опредѣляется тою долею, въ которой каждый участвуетъ въ наслѣдованіи самому трансмитенту. Если же всѣ трансмиссары откажутся отъ наслѣдства, отъ котораго не успѣлъ отказаться трансмитентъ, то наступаетъ тотъ же случай, когда былъ бы всего одинъ трансмиссаръ и онъ отказался отъ этого наслѣдства: каждый трансмиссаръ своимъ отреченіемъ выдѣляетъ изъ принятой имъ послѣ трансмитента доли наслѣдства часть наслѣдства, оставшагося послѣ наслѣдодателя, каковое наслѣдство принимаетъ тотъ видъ и получаетъ ту судьбу, какіе имѣютъ быть за отреченіемъ самого трансмитента отъ наслѣдства.

Если, наконецъ, одни изъ сотрансмиссаровъ воспользуются jus abstinendi, другіе же, напротивъ, se immiscuerunt въ наслѣдство, по отношенію къ которому трансмитентъ до самой своей смерти сохранилъ jus abstinendi, то опять-таки каждый изъ отрекшихся отъ наслѣдства трансмиссаровъ своимъ отреченіемъ выдѣляетъ изъ принятой имъ послѣ трансмитента доли наслѣдства приходящуюся на нее часть наслѣдства, оставшагося послѣ наслѣдодателя, которая соотвѣтственно прирастаетъ къ долямъ трансмиссаровъ, не отрекшихся отъ наслѣдства наслѣдодателя трансмитента, при чемъ послѣдніе пользуются тѣмъ же правомъ, что и сонаслѣдники, если они на такое приращеніе къ своимъ долямъ не согласны [33]: они могутъ послѣдовать примѣру отрекшихся отъ наслѣдства

---

[33] Ср. l. l. 36, 55, 56, 61 D. de A. v. O. H. 29. 2.

наслѣдодателя трансмитента, отмѣнивъ свое принятіе приходившихся имъ изъ этого наслѣдства долей, если они не знали, что отъ своихъ долей откажутся прочіе сотрансмиссары. Такимъ образомъ, если у трансмитента нѣсколько трансмиссаровъ, то:

1) Каждый изъ нихъ не связанъ выборомъ прочихъ трансмиссаровъ въ своемъ выборѣ: воспользоваться jus abstinendi, которое было у трансмитента, или принять наслѣдство его наслѣдодателя; иными словами, каждому сотрансмиссару предоставляется воспользоваться или не воспользоваться jus abstinendi трансмитента. Въ источникахъ римскаго права нѣтъ положеній, прямо указывающихъ на означенную свободу выбора, но и въ данномъ случаѣ основанія, по которымъ нашли необходимымъ даровать heres necessarius beneficium abstinendi, и тѣ, которыя повели къ признанію способности этой льготы переходить по наслѣдству, равно являются основаніями и въ пользу того, чтобы эту льготу предоставить каждому трансмиссару по отношенію къ той долѣ изъ наслѣдства наслѣдодателя трансмитента, которая ему приходится.

2) Принявшіе наслѣдство наслѣдодателя трансмитента отвѣчаютъ, если они не могутъ или не пожелаютъ воспользоваться вышеупомянутымъ правомъ отмѣны принятія, по всѣмъ обязательствамъ, заключающимся въ этомъ наслѣдствѣ, всѣмъ своимъ личнымъ имуществомъ и полученной послѣ трансмитента долей наслѣдства, при чемъ размѣръ отвѣтственности каждаго опредѣляется долей его участія въ этомъ наслѣдствѣ въ томъ видѣ, въ какомъ доля окажется послѣ соотвѣтственнаго къ этой долѣ приращенія долей трансмиссаровъ, воспользовавшихся jus abstinendi. Означенныя приращеніе и отвѣтственность трансмиссаровъ, отказавшихся отъ осуществленія jus abstinendi, вытекаютъ изъ принципа, такъ сказать, недѣлимости jus abstinendi. Какъ трансмитентъ при

своей жизни не могъ принять лишь часть наслѣдства и лишь отъ части отказаться, такъ и по его смерти его jus abstinendi не можетъ быть осуществлено по отношенію лишь части наслѣдства: jus abstinendi можетъ быть осуществлено не всѣми трансмиссарами, и въ этомъ не заключается никакого нарушенія принципа недѣлимости jus abstinendi, но это право должно быть или вовсе не осуществлено, или, въ силу своей недѣлимости, осуществлено по отношенію ко всему наслѣдству наслѣдодателя трансмитента. Поэтому, если бы мы предположили, что части тѣхъ трансмиссаровъ, которые не осуществили jus abstinendi, не прирастаютъ къ долямъ прочихъ трансмиссаровъ, принявшихъ наслѣдство наслѣдодателя трансмитента, а переходятъ къ ближайшимъ послѣ трансмитента наслѣдникамъ наслѣдодателя, то получилась бы по отношенію къ римскому праву, кромѣ другихъ несообразностей, и та, что можно отказаться отъ одной части наслѣдства, а другую принять.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

РИМСКОЕ УЧЕНІЕ ВЪ СОВРЕМЕННОМЪ ПРАВѢ.

I. Австрійское право. — Вопросъ объ отчуждаемости права наслѣдованія. — Продажа наслѣдства.— Отличіе австрійской трансмиссіи отъ римской. Delatio и Erbanfall.— § 22 b. G. B. въ сравненіи съ l. 129 D. de V. S. 50. 16.—Субституція и трансмиссія.—Теорія Strohal.—II. Право нашихъ прибалтійскихъ губерній. — Открытіе наслѣдства и призваніе къ наслѣдованію.—Право призваннаго. — Трансмиссія и субституція.

Австрійскому наслѣдственному праву, которое сложилось, несомнѣнно, подъ сильнымъ вліяніемъ римскаго, извѣстенъ только институтъ heredes voluntarii: со смертію наслѣдодателя открывается наслѣдство, и призванныя лица только по принятіи, т.-е. по выраженіи воли быть наслѣдниками, могутъ стать таковыми [1]. Наслѣдство до его принятія призванными, какъ и въ римскомъ правѣ, остается открытымъ. Законъ относится къ нему такъ, какъ будто субъектомъ наслѣдственнаго имущества все еще былъ умершій [2]. Вѣрители умершаго, поэтому, не могутъ обращаться со своими притязаніями къ призываемому, а должны предъявить свои иски на имя имѣющаго быть назначеннымъ надъ наслѣд-

---

[1] См. Unger, System VI. § 36.

[2] § 547 b. G. B. гласитъ:... „Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde“.

ственнымъ имуществомъ опекуна [3]. Положеніе призваннаго заключается въ томъ, что онъ имѣетъ право принять наслѣдство или отказаться отъ него. Было упомянуто въ первой главѣ, что въ римскомъ правѣ классической эпохи преемство въ правѣ призванія между живыми допускалось и осуществлялось въ формѣ in jure cessio [4]; правда, впослѣдствіи отчужденіе права призванія сдѣлалось невозможнымъ, но не въ силу какой-либо нормы, запретившей такое отчужденіе, а вслѣдствіе исчезновенія самой формы, въ которой совершалось отчужденіе, именно—in jure cessio. Австрійское же право, напротивъ, рѣшительно не допускаетъ между живыми преемства въ призваніи: право принять наслѣдство не можетъ быть отчуждаемо, какъ не можетъ быть отчуждаемо и самое положеніе наслѣдника по принятіи имъ наслѣдства [5].

Впрочемъ, австрійское уложеніе говоритъ о продажѣ наслѣдства не только лицомъ, принявшимъ его, но и лицомъ, лишь призваннымъ къ наслѣдованію; однако, въ этомъ отчужденіи заключается не уступка положенія наслѣдника въ первомъ случаѣ или права изъ призванія во второмъ, а лишь уступка контрагенту наслѣдственнаго имущества, которое отчудитель уже получилъ или еще получитъ [6]. Отчудитель остается наслѣдникомъ, но обязанъ поставить фактически пріобрѣтателя наслѣдственнаго имущества въ то положеніе, въ какомъ послѣдній былъ бы въ качествѣ наслѣдника даннаго имущества, что достигается не путемъ договора объ отчужденіи наслѣдства и не какимъ-либо однимъ актомъ

---

[3] Hofdecret отъ 19 янв. 1790 г. (Justizgesetzsammlung № 1094). Ср. со ст. 215 нашего Устава гр. судопр.:... „сему же суду предъявляются иски къ лицу умершаго собственника, буде нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе наслѣдниковъ.

[4] См. выше стр. 27 и сл.

[5] Равно это право не пріобрѣтается путемъ давности, Unger, System II, § 104, II, 6 (стр. 169, 170).

[6] v. Anders, Grundriss § 59; Unger, System VI, § 49.

передачи, но путемъ цѣлаго ряда различныхъ актовъ переуступокъ, смотря по роду входящихъ въ составъ передаваемаго наслѣдства правъ и обязанностей. Наконецъ и съ передачей такимъ путемъ всего наслѣдства со всѣми правами и долгами, въ немъ заключавшимися, отчудитель остается тѣмъ не менѣе наслѣдникомъ, и фактъ передачи наслѣдства если и отражается на правахъ третьихъ лицъ, то только въ томъ смыслѣ, что третьи лица могутъ предъявить свои требованія, которыя имѣли на наслѣдодателя, противъ новаго лица, т.-е. не только противъ наслѣдника, но и противъ пріобрѣтателя: § 1282 b. G. B. гласитъ:

> Die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnissnehmer aber können sich ihrer Befriedigung wegen sowohl an den Käufer der Erbschaft, als an den Erben selbst halten. Ihre Rechte, so wie jene der Erbschaftsschuldner werden durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert, und die Erbschaftsantretung des Einen gilt auch für den Andern.

На основаніи послѣднихъ словъ этого параграфа австрійскіе цивилисты утверждаютъ, что, въ случаѣ продажи наслѣдства до принятія его, покупатель имѣетъ право, такъ же какъ и наслѣдникъ, принять наслѣдство [7]. Но такое утвержденіе даетъ, въ противность только что нами сказанному

---

[7] Krainz (Krainz-Pfaff, System, т. II, § 534) и Anders (Grundriss § 591) рѣшительно утверждаютъ, что предметомъ отчужденія является не право наслѣдованія, которое не отчуждаемо, а наслѣдственное имущество, но при этомъ дѣлаютъ тотъ выводъ изъ § 1282 b. G. B., что принятіе наслѣдства (die Erbserklärung) законъ предоставляетъ обоимъ, продавцу и покупателю (Krainz), что пріобрѣтатель имѣетъ независимое отъ воли продавца законное право вступать въ наслѣдство (Anders). Однако выводъ, который Krainz и Anders дѣлаютъ изъ § 1282, плохо согласуется съ утвержденіемъ о неотчуждаемости права принятія и, во всякомъ случаѣ, лишаетъ это утвержденіе его практическаго значенія.

объ отчужденіи наслѣдства, основаніе говорить въ нѣкоторой мѣрѣ о покупкѣ у призваннаго права, вытекающаго изъ призванія, именно права принятія. Въ дѣйствительности принять наслѣдство можетъ только призванный, (по крайней мѣрѣ, пока онъ живъ) и никто другой, а австрійскій законъ знаетъ только три основанія призванія: 1) согласно закону выраженная воля наслѣдодателя, 2) согласно закону составленный договоръ о наслѣдованіи и, наконецъ, 3) самый законъ [8]. Далѣе, въ случаѣ толкованія § 1282 въ смыслѣ вышеупомянутаго утвержденія, приходится подводить покупателя подъ нормы относящіяся къ способности наслѣдовать [9], что совершенно не согласовалось бы съ понятіемъ договора купли наслѣдства, какимъ онъ представляется въ §§ 1267, 1278—1283. Поэтому если даже понимать, что, по нашему мнѣнію, не необходимо, конецъ § 1282 въ томъ смыслѣ, что принятіе наслѣдства однимъ изъ нихъ, безразлично кѣмъ именно, призваннымъ или покупателемъ, обязываетъ другого (покупателя или призываемаго къ наслѣдованію), т.-е., иными словами, если предположить что этотъ параграфъ имѣетъ въ виду и случай принятія наслѣдства покупателемъ, то слѣдуетъ признать, какъ указывалъ еще Unger [10], что таковое принятіе покупатель совершаетъ лишь въ качествѣ представителя призваннаго. Впрочемъ, нѣтъ нужды понимать § 1282 непремѣнно въ указанномъ смыслѣ. Этотъ параграфъ имѣетъ въ виду опредѣлить значеніе купли наслѣдства для третьихъ лицъ, имѣющихъ касательство къ наслѣдству; онъ указываетъ, что договоръ купли-продажи наслѣдства не вліяетъ на право этихъ лицъ, т.-е. что отношенія ихъ къ наслѣднику, продавшему наслѣдство, остаются въ неприкосновенности, что да-

---

[8] § 533, § 799 b. G. B.

[9] Эти нормы содержатся въ §§ 538—546 b. G. B.

[10] System VI, § 49 и пр. 9.

лѣе вѣрители и легатары могутъ со своими требованіями обратиться и къ покупателю и что, наконецъ, покупатель не можетъ уклониться отъ удовлетворенія ихъ требованія подъ тѣмъ предлогомъ, что не онъ принималъ наслѣдство, а наслѣдникъ. Это-то послѣднее положеніе и выражено имъ въ словахъ, коими заканчивается § 1282: „вступленіе въ наслѣдство одного (т.-е. наслѣдника) дѣйствительно также для другого (т.-е. покупателя)".

Итакъ, по австрійскому праву положеніе призваннаго не можетъ быть предметомъ отчужденія; право принять наслѣдство не можетъ быть уступлено призваннымъ кому-либо. Тѣмъ не менѣе положеніе призваннаго переходитъ по наслѣдству. Наслѣдники призваннаго, какъ таковые, необходимо, именно въ силу универсальности наслѣдственнаго преемства, становятся въ положеніе своего наслѣдодателя и какъ призваннаго. Поэтому наслѣдники призваннаго, какъ таковые, имѣютъ рѣшить—принять имъ наслѣдство, къ коему призывался ихъ наслѣдодатель, или отказаться отъ него:

§ **809. b. G. B.** Stirbt der Erbe ehe, als er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat; so treten seine Erben, wenn der Erblasser diese nicht ausgeschlossen, oder nicht andere Nacherben bestimmt hat, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen, oder auszuschlagen.

§ **537. b. G. B.** Hat der Erbe den Erblasser überlebt; so geht das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbschaft, wie andere frei vererbliche Rechte, auf seine Erben über; wenn es anders durch Entsagung, oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war.

Какъ видно изъ этихъ параграфовъ, австрійское право, въ отличіе отъ римскаго, признаетъ наслѣдованіе въ положеніи призваннаго принципіально и безусловно, и, слѣдова-

тельно, въ австрійскомъ правѣ не существуетъ отдѣльныхъ случаевъ трансмиссіи, какъ это мы видимъ въ римскомъ, чѣмъ значительно упрощается самый институтъ трансмиссіи. Австрійское право не ставитъ трансмиссію въ зависимость отъ знанія трансмитента о своемъ призваніи, а равно не опредѣляетъ срока, въ теченіе котораго оно можетъ имѣть мѣсто.

Но различіе между австрійской и римской трансмиссіями не ограничивается сказаннымъ. Дѣло въ томъ, что примѣненіе трансмиссіи въ австрійскомъ правѣ шире чѣмъ въ римскомъ, еще въ томъ отношеніи, что трансмитентъ, переживъ наслѣдодателя, не долженъ непремѣнно пережить и моментъ, въ который онъ могъ бы, принявъ наслѣдство, немедленно стать наслѣдникомъ, каковой моментъ, какъ извѣстно, не всегда совпадаетъ съ моментомъ смерти наслѣдодателя.

Это послѣднее различіе основывается на томъ обстоятельствѣ, что понятіе открытія наслѣдства, какимъ оно представляется въ австрійскомъ уложеніи, не вполнѣ совпадаетъ съ понятіемъ римской delatio, каковое обстоятельство, однако, является спорнымъ въ литературѣ австрійскаго права. Именно, по господствующему среди австрійскихъ цивилистовъ мнѣнію, моментъ открытія наслѣдства, призванія къ наслѣдованію, по терминологіи австрійскаго уложенія: Erbanfall, есть тотъ моментъ, когда по смерти наслѣдодателя данное лицо актомъ принятія можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ. Этотъ моментъ обыкновенно наступаетъ, говорятъ австрійскіе цивилисты, въ моментъ смерти наслѣдодателя. Такъ, Erbanfall совпадаетъ съ моментомъ смерти для наслѣдниковъ по завѣщанію и даже для субститута, если, напримѣръ, назначенное въ завѣщаніи лицо умерло до наслѣдодателя; далѣе, при отсутствіи дѣйствительнаго завѣщанія для ближайшихъ родственниковъ наслѣдодателя, призываемыхъ на основаніи

закона. Но призваніе къ наслѣдованію, Erbanfall, можетъ наступить и не въ моментъ смерти наслѣдодателя, а позже. Такъ, наслѣдство откроется субституту лишь послѣ того, какъ опредѣлится, что назначенное въ первую очередь наслѣдникомъ лицо не будетъ таковымъ. Если назначено въ завѣщаніи нѣсколько субститутовъ въ послѣдовательномъ порядкѣ, то послѣдующій субститутъ призывается лишь въ томъ случаѣ, если всѣ предшествующіе не будутъ наслѣдниками. Въ случаѣ открытія наслѣдства по закону, прежде всего призываются ближайшіе родственники, а дальнѣйшіе призываются и притомъ въ извѣстной послѣдовательности лишь въ томъ случаѣ, если послѣдовательное призваніе всѣхъ ближайшихъ осталось безъ результата[11]. Господствующее ученіе о призваніи (Erbanfall) по австрійскому праву, какъ видно изъ только что изложеннаго, является римскимъ: австрійскіе цивилисты перенесли понятіе о римской delatio на почву австрійскаго наслѣдственнаго права, отождествивъ съ нею австрійскій Erbanfall. Однако, нѣкоторыя положенія австрійскаго права касательно наслѣдованія настолько отличаются отъ соотвѣтствующихъ римскихъ, что дѣлаютъ сомнительной умѣстность пересадки римскаго ученія о delatio на почву австрійскаго права.

Опредѣленія подобнаго опредѣленію delatio римскихъ источниковъ: „delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi“, мы не находимъ въ австрійскомъ уложеніи. Напротивъ, вмѣсто субъективнаго опредѣленія, мы имѣемъ объективное опредѣленіе, т.-е. опредѣленіе, даже не упоминающее о лицѣ будущаго наслѣдника, какъ мы видимъ въ

§ **545. b. G. B.** Die Erbfähigkeit kann nur nach dem Zeitpunkte des wirklichen Erbanfalles bestimmet

[11] См., напр., Unger, System VI, § 5, прим. 20, § 19, § 29; Anders, Grundr. § 8. 1 § 28, § 36.

werden. Dieser Zeitpunkt ist in der Regel der Tod des Erblassers.

Этотъ параграфъ заканчивается ссылкой на § 703. Итакъ въ силу § 545 моментомъ открытія наслѣдства, Erbanfall, является, обыкновенно, моментъ смерти наслѣдодателя. Слова in der Regel указываютъ, что законъ предвидитъ исключительные случаи, когда открытіе наслѣдства бываетъ въ другой, послѣ смерти наслѣдодателя, моментъ. И дѣйствительно, § 703, на который имѣется ссылка въ концѣ приведеннаго выше § 545, содержитъ одинъ случай несовпаденія открытія наслѣдства со смертью наслѣдодателя: на основаніи этого параграфа, если наслѣдодатель назначилъ себѣ наслѣдника подъ отлагательнымъ условіемъ, то такъ назначенное лицо призывается къ наслѣдованію лишь по наступленіи условія. Такъ гласитъ

§ **703. b. G. B.** Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, dass die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe, und bei dem Eintritte derselben erbfähig sei.

О другихъ случаяхъ, въ которыхъ призваніе и смерть наслѣдодателя не совпадали бы, австрійское уложеніе ничего не говоритъ [12]. Кстати замѣтимъ, что § 703 вовсе не указываетъ на то, что при назначеніи наслѣдника подъ отлагательнымъ условіемъ открытіе наслѣдства вообще можетъ имѣть мѣсто лишь въ моментъ наступленія или устраненія условія. Совершенно будетъ согласно съ духомъ австрійскаго уложенія понимать содержаніе §§ 545 и 703, поскольку оно касается

---

[12] Unger, рѣшительный сторонникъ римской теоріи, самъ признаетъ, что „Im § 545 (b. G. B.) wird als regelmässiger Zeitpunkt des Erbfalls der Tod des Erblassers bezeichnet und als Ausnahme nur die Erbeinsetzung unter Bedingung angeführt“.

опредѣленія момента призванія, въ слѣдующемъ смыслѣ: наслѣдованіе вообще открывается со смертью наслѣдодателя, но, въ силу § 703, оно закрыто для лица, назначеннаго подъ отлагательнымъ условіемъ, каковое лицо только тогда войдетъ въ кругъ лицъ, для которыхъ наслѣдство уже открыто со смертью наслѣдодателя, когда исполнится условіе. Къ такому пониманію §§ 545 и 703, отдаляющему насъ отъ римской доктрины, обязываетъ насъ различіе нѣкоторыхъ принциповъ австрійскаго и римскаго наслѣдственныхъ правъ. Въ римскомъ правѣ наслѣдованіе открывается лишь тому, кто можетъ, принявъ наслѣдство, стать навсегда, безповоротно наслѣдникомъ, согласно принципу semel heres, semper heres. Слѣдовательно, напримѣръ, при назначеніи наслѣдника подъ условіемъ, наслѣдованіе можетъ открыться лишь по наступленіи или устраненіи условія; при наступленіи условія оно открывается назначенному въ завѣщаніи лицу, при устраненіи условія—законнымъ наслѣдникамъ, такъ какъ они лишь теперь могутъ принять наслѣдство навсегда. Равно не можетъ открыться наслѣдство, когда при наличности дѣйствительнаго завѣщанія ожидается postumus, который не упомянутъ въ завѣщаніи, и это потому, что о возможности быть на нѣкоторое время наслѣдникомъ не можетъ быть и рѣчи.

Въ австрійскомъ правѣ, напротивъ, въ силу отсутствія принципа semel heres, semper heres и при дѣйствіи противоположнаго принципа, наслѣдованіе открывается не только тѣмъ, которые, принявъ наслѣдство, становятся навсегда наслѣдниками, но и тѣмъ, которые, принявъ наслѣдство, дѣлаются на время наслѣдниками, съ тѣмъ чтобы при извѣстныхъ обстоятельствахъ перестать быть наслѣдниками въ пользу другихъ лицъ [13]. Уже въ силу дѣйствія въ австрійскомъ

[13] Такъ, въ случаѣ фидеикомиссарной субституціи: наслѣдодатель обязываетъ въ завѣщаніи своего наслѣдника предоставить полученное имъ отъ него наслѣдство другому наслѣднику, напримѣръ, по достиже-

правѣ другого, противоположнаго римскому semel heres, semper heres, принципа, значеніе момента смерти наслѣдодателя въ этомъ правѣ будетъ инымъ, нежели въ римскомъ: смерть наслѣдодателя въ австрійскомъ правѣ есть непремѣнно открытіе наслѣдованія [14].

Далѣе, какъ извѣстно, въ римскомъ правѣ дѣйствуетъ принципъ несовмѣстимости двухъ основаній призванія: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Напротивъ, въ австрійскомъ правѣ смерть наслѣдодателя является открытіемъ наслѣдства по всѣмъ имѣющимся въ данномъ случаѣ налицо основаніямъ. Такъ, если оказались налицо договоръ о наслѣдованіи и завѣщаніе, не исчерпавшіе всего наслѣдственнаго имущества, и имѣются лица, помимо обо-

---

ніи послѣднимъ совершеннолѣтія. Фидуціаръ, т.-е. первый наслѣдникъ, будетъ таковымъ лишь до достиженія совершеннолѣтія фидеикомиссаромъ, т.-е. тѣмъ, кому наслѣдство должно перейти въ назначенный срокъ; съ наступленіемъ же этого срока фидуціаръ ipso jure перестаетъ быть наслѣдникомъ, и имъ становится фидуціаръ §§ 608—617 b. G. B. —§ 608 b. G. B.: „Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, dass er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in anderen bestimmten Fällen, einem zweiten ernannten Erben überlasse. Diese Anordnung wird eine fideicommissarische Substitution genannt. Die fideicommissarische Substitution begreift stillschweigend die gemeine in sich. См. Krainz-Pfaff т. II, Ausfürungen § 504 (стр. 389 и сл.). Anders, Grundr. § 58.

[14] Напримѣръ, назначеніе лица наслѣдникомъ подъ тѣмъ условіемъ, чтобы онъ женился по римскому праву, будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ то, что со смертью наслѣдодателя наслѣдство откроется лишь или съ осуществленіемъ этого условія или съ наступленіемъ невозможности этому условію когда-либо осуществиться; по австрійскому же праву, напротивъ, наслѣдство открывается независимо отъ наступленія или ненаступленія условія: наслѣдники по закону могутъ вступить въ наслѣдство и быть наслѣдниками, пока назначенное въ завѣщаніи наслѣдникомъ лицо не женится; такъ: § 707 b. G. B.: So lange das Recht des Erben.... wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung oder vegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt; so lange finden... zwischen dem gesetzlichen und eingesetzten Erben... in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuss des Nachlasses... die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei einer fideicommissarischen Substitution, Statt.

значенныхъ договоромъ или въ завѣщаніи, которыя могли бы быть призваны по закону, то къ наслѣдованію призываются одновременно по всѣмъ основаніямъ [15].

Наконецъ, въ силу § 705 австрійскаго уложенія, гласящаго:

> Ist der Zeitpunkt von der Art, dass er kommen muss; so wird das zugedachte Recht, wie andere unbedingte Rechte, auch auf die Erben der bedachten Person übertragen, und nur die Uebergabe bis zum gesetzten Termine verschoben.

назначенный ex certo tempore наслѣдникъ (каковое назначеніе противно римскому принципу, что heres institui ex certo tempore aut ad certum tempus non potest [16]) призывается въ моментъ смерти наслѣдодателя, и только самая передача можетъ имѣть мѣсто лишь при наступленіи срока. Такимъ образомъ, по австрійскому праву [17] имѣетъ мѣсто призваніе одновременно, именно въ моментъ смерти наслѣдодателя, какъ законнаго наслѣдника, могущаго вступить немедленно въ наслѣдство, такъ и лица, назначеннаго ex certo die, могущаго только впослѣдствіи вступить въ наслѣдство.

Способъ опредѣленія момента призванія въ § 545 b. G. B., выраженные въ §§ 534 и 703 eodem принципы противоположные римскимъ: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest и semel heres, semper heres, словомъ возможность за разъ нѣсколькихъ призваній, различныхъ не только по основанію, но и по времени осуществленія вытекающаго изъ нихъ права принятія, (§ 705 b G. B.),—все это дѣ-

---

[15] § 534 b. G. B.

[16] § 9 J. de her. inst. 2. 14.

[17] § 705 b. G. B. (приведенъ въ текстѣ) съ § 707 b. G. B. (приведемъ выше, въ прим. 14).

лаетъ мало вѣроятной основательность примѣненія римскаго понятія о delatio къ Erbanfall австрійскаго права и, напротивъ, вполнѣ обосновываетъ точку зрѣнія, напримѣръ, Krainz [18], по которой, въ отличіе отъ римскаго, австрійское право разумѣетъ подъ открытіемъ наслѣдства, подъ Erbanfall, именно смерть наслѣдодателя, каковой моментъ есть открытіе наслѣдства не только для тѣхъ, которые могутъ немедленно актомъ принятія стать въ положеніе наслѣдника, но и для всѣхъ лицъ, которыя въ силу воли завѣщателя или закона могли бы быть наслѣдниками даннаго наслѣдодателя. Стоитъ каждому изъ этихъ лицъ пережить смерть наслѣдодателя, какъ возникаетъ у него право актомъ принятія стать въ надлежащее время, которое, впрочемъ, можетъ не наступить [19], наслѣдникомъ, при чемъ самый актъ принятія можетъ быть имъ совершенъ до этого момента [20], но непремѣнно послѣ смерти наслѣдодателя.

Итакъ, delatio заключается въ томъ, что у даннаго лица возникло право, принявъ наслѣдство, стать немедленно наслѣдникомъ; это право возникаетъ непремѣнно послѣ смерти наслѣдодателя, но притомъ лишь въ томъ случаѣ, когда возможность стать немедленно наслѣдникомъ налицо; Erbanfall въ австрійскомъ правѣ заключается въ томъ, что съ момента смерти наслѣдодателя всѣ пережившія его лица, которыя могли бы быть его наслѣдниками, пріобрѣтаютъ немедленно право сдѣлаться въ свое время наслѣдниками, каковое право переходитъ со всѣмъ прочимъ имуществомъ

---

[18] System, т. II, Ausführungen § 503, въ особенности стр. 386.

[19] Сказанное не имѣетъ въ виду назначенія подъ условіемъ, см. § 703 b. G. B. Этотъ § говоритъ о дѣйствительныхъ условіяхъ, а не о condicio juris, и, слѣдовательно его нельзя примѣнить къ субституту или къ лицу наслѣдующему по закону въ случаѣ, если предшествующее имъ въ наслѣдованіи лицо не будетъ наслѣдникомъ.

[20] Anders § 45. 2. Unger, System VI, § 36.

по ихъ смерти къ ихъ наслѣдникамъ: hat der Erbe den Erblasser überlebt, so geht das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbschaft, wie andere frei vererbliche Rechte, auf seine Erben über [21].

Такимъ образомъ, согласно изложенному понятію австрійскаго Erbanfall, трансмиссія можетъ имѣть мѣсто и тогда, если наслѣдованіе даннаго лица зависѣло отъ того, что предшествующее ему лицо въ наслѣдованіи не пріобрѣтаетъ наслѣдства. Всего менѣе сомнѣній относительно правильности только что приведеннаго положенія можетъ быть по поводу того случая [22], когда наслѣдство временно сохраняется въ пользу nasciturus, который, однако, впослѣдствіи на свѣтъ не появился, между тѣмъ какъ тотъ, который долженъ былъ быть благодаря этому обстоятельству наслѣдникомъ, умеръ прежде чѣмъ опредѣлилось, что изъ nasciturus не возникаетъ лица и, слѣдовательно, субъекта даннаго наслѣдства.

Согласно

> § **22 b. G. B.** Selbst ungeborne Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängniss an, einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. In so weites um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen; ein todtgebornes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden.

если nasciturus уже съ момента своего зачатія имѣетъ право на защиту со стороны закона и тѣмъ самымъ разсматривается, какъ будто онъ былъ уже рожденъ, то это дѣлается исключительно ради охраны правъ того субъекта, который имѣетъ получиться изъ nasciturus, и, слѣдовательно,

---

[21] См. выше приведенный (стр. 185) § 537 b. G. B.

[22] Strohal, Transmission, стр. 66—69.

отнюдь не должно касаться правъ третьихъ лицъ. Поэтому, говоритъ законъ, мертворожденный, по отношенію тѣхъ правъ, которыя охранялись на случай его рожденія живымъ, разсматривается такъ, какъ будто онъ никогда не былъ зачатъ. Но разсматривать его, какъ будто онъ никогда не существовалъ даже въ утробѣ матери, это значитъ, иными словами, представить данный случай такъ, словно уже съ самаго момента смерти наслѣдодателя никто не стоялъ на пути къ наслѣдованію того, коему въ пріобрѣтеніи наслѣдства мѣшалъ nasciturus, и, стало-быть, ничто ему, преждевременно умершему, не мѣшало передать своимъ наслѣдникамъ свое право изъ призванія—право принять наслѣдство, ему такимъ образомъ открытое, или отказаться отъ него [23].

Къ великому соблазну юристовъ, придерживающихся римскихъ взглядовъ въ австрійскомъ правѣ, въ римскомъ правѣ имѣется положеніе, совершенно подобное § 22 b. G. B. Это именно:

> **L. 129 D. de V. S. 50. 16.** (Paulus libro 1 ad legem Juliam et Papiam).
>
> Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.

Положеніе, высказанное въ l. 129 cit., не помѣшало римскому праву отрицать именно въ данномъ случаѣ трансмиссію. Объ этомъ случаѣ говоритъ:

> **L. 8, § 1 D. de suis 38. 16** (Julianus libro 59 digestorum.
>
> Si quis praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam

---

[23] Strohal, указ. соч., стр. 69 въ концѣ.

legitima hereditas pertinet, quia certum esset matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat.

Такъ какъ наслѣдодатель, кромѣ матери и сестры, оставилъ беременную вдову, то по его смерти наслѣдство еще никому не открывается, пока не опредѣлится исходъ беременности, и наслѣдники матери наслѣдодателя, умершей до момента, когда вдова разрѣшилась мертвымъ, ничего не получатъ. Но то обстоятельство, что въ обоихъ законодательствахъ содержится тождественное относительно nasciturus положеніе (§ 22, b. G. B. и l. 129, D. de v. S.), помимо всякихъ другихъ соображеній [24], уже потому ничего не доказываетъ, что трансмиссія, въ данномъ случаѣ, по римскому праву не имѣетъ мѣста, по причинамъ, вовсе неизвѣстнымъ австрійскому праву, каковыми являются: 1) принципіальное непризнаніе вообще трансмиссіи, выраженное въ l. un. § 5 C. de caduc. toll. 6. 51 [25] и 2) невозможность принять наслѣдство не въ моментъ, въ который актомъ принятія лицо становится немедленно и навсегда наслѣдникомъ [26].

Если мы обратимся 1) къ случаю, когда призванный по закону умеръ прежде, чѣмъ оказалось, что предшествующій ему въ наслѣдованіи не будетъ ни наслѣдникомъ, ни трансмитентомъ за отсутствіемъ трансмиссаровъ и 2) къ случаю, когда субститутъ умеръ прежде, чѣмъ оказалось, что ни назначенный въ первую очередь въ наслѣдники, ни наслѣдники его не пріобрѣтутъ наслѣдства, къ коему institutus призывался, то мы увидимъ въ этихъ случаяхъ нѣчто общее съ случаемъ съ nasciturus, о которомъ только что была рѣчь. Общее въ нихъ и притомъ являющееся рѣшающимъ момен-

---

[24] Strohal, Transmission, стр. 26.

[25] Текстъ этого мѣста см. выше, стр. 26.

[26] Strohal, Transmission, стр. 69.

томъ въ разсматриваемомъ вопросѣ заключается въ томъ, что всѣ эти случаи являются такими, когда лицо, которое только потому не пріобрѣло наслѣдства, что ему предшествовало въ наслѣдованіи другое лицо, умерло прежде, чѣмъ оказалось, что стоявшій на его пути къ наслѣдованію не будетъ наслѣдникомъ. Какъ въ случаѣ съ nasciturus умершее до рѣшенія вопроса объ ожидавшемся рожденіи лицо не становилось немедленно наслѣдникомъ исключительно изъ за этого nasciturus, такъ и въ двухъ вышеупомянутыхъ случаяхъ дальнѣйшій родственникъ и субститутъ ради того только не получаютъ немедленно наслѣдства, дабы дать возможность предшествующимъ пріобрѣсть таковое. Поэтому съ устраненіемъ препятствія въ лицѣ ближайшаго родственника или назначеннаго въ первую очередь наслѣдника исчезаетъ всякое основаніе отличать ихъ отъ того, кто могъ, принявъ наслѣдство, стать немедленно наслѣдникомъ и, не успѣвъ этого сдѣлать, умеръ.

Конечно, если, несмотря ни на что, держаться точки зрѣнія римской доктрины, — что не всегда можетъ быть залогомъ успѣшной научной обработки другихъ, кромѣ римскаго, правъ, — то серіознымъ основаніемъ къ сомнѣнію относительно высказываемаго здѣсь взгляда можетъ быть то соображеніе, что вышеупомянутые два случая представляютъ существенную разницу съ случаемъ nasciturus [27]. Дѣло въ томъ, что въ случаѣ съ nasciturus наслѣдство только охраняется въ интересахъ nasciturus до рожденія послѣдняго, и до момента его рожденія наслѣдство ему не открывается; такимъ образомъ, фактъ рожденія мертваго имѣетъ лишь значеніе указанія, что лицо, которое nasciturus исключилъ бы изъ наслѣдованія, если бы жилъ, и призванію котораго въ дѣйствительности никто никогда не мѣшалъ, уже при смерти наслѣдодателя было призвано. Въ двухъ же

[27] Strohal, transmission, стр. 73.

приведенныхъ выше случаяхъ, напротивъ, ближайшій родственникъ или назначенный въ первую очередь наслѣдникъ, дѣйствительно, призывались, и поэтому если они тѣмъ не менѣе не пріобрѣли наслѣдства, то нельзя сказать, что слѣдующимъ за ними въ наслѣдованіи лицамъ никто никогда не мѣшалъ пріобрѣсти наслѣдства. Такъ какъ предшествующія лица еще призывались при смерти послѣдующихъ, то съ римской точки зрѣнія нельзя признать, что послѣднія умерли въ положеніи призванныхъ.

Однако, если отрѣшиться отъ римскаго взгляда, не трудно усмотрѣть, что указанное различіе для даннаго вопроса не имѣетъ значенія: если фактъ призванія одного является условіемъ непризванія другого по римскому праву, то въ австрійскомъ правѣ этотъ фактъ не имѣетъ такого значенія, на что указываетъ § 705 b. G. B.[28], въ силу котораго возможно призваніе двухъ лицъ—одного могущаго принятіемъ наслѣдства стать немедленно наслѣдникомъ, и другого, могущаго принятіемъ стать наслѣдникомъ лишь позже, въ опредѣленный моментъ.

Итакъ, трансмиссія въ австрійскомъ правѣ не предполагаетъ ни знанія трансмитента о своемъ призваніи, ни ограничительнаго срока ея осуществленія, ни, наконецъ, того, чтобы трансмитентъ пережилъ моментъ delatio въ тѣсномъ римскомъ смыслѣ. Трансмиссія въ австрійскомъ правѣ, слѣдовательно, имѣетъ мѣсто, коль скоро лицо, которое могло бы наслѣдовать данному лицу, переживъ его, умерло, не принявъ наслѣдованія и не отказавшись отъ него.

Мы видѣли, что въ источникахъ римскаго права имѣются положенія, несомнѣнно указывающія, согласно теоретическимъ выводамъ изъ понятія трансмиссіи, что трансмиссаръ имѣетъ преимущество передъ субститутомъ. Что касается

---

[28] Текстъ закона приведенъ на стр. 191.

австрійскаго права, то, вслѣдствіе не совсѣмъ удачной редакціи § 809 b. G. B., господствующее мнѣніе учило, что субституція исключаетъ трансмиссію [29]. Основаніемъ къ такому ученію послужили слѣдующія слова этого параграфа: so treten seine Erben, wenn der Erblasser... nicht andere Nacherben bestimmt hat" [30]... Однако несостоятельность указаннаго ученія была выяснена однимъ изъ лучшихъ современныхъ ученыхъ цивилистовъ, Strohal [31], подъ вліяніемъ котораго распространенность въ научной литературѣ означеннаго ученія сократилась, и врядъ ли теперь это ученіе можетъ представляться господствующимъ.

По вполнѣ основательному мнѣнію Strohal, ученіе въ пользу субституціи столь же чуждо австрійскому праву, сколь оно чуждо римскому, и, во всякомъ случаѣ, не можетъ быть обосновано на § 809 b. G. B. Этотъ параграфъ, какъ доказалъ Strohal, вообще не рѣшаетъ вопроса о томъ, какой институтъ уступаетъ мѣсто другому—трансмиссія ли субституціи, или, наоборотъ, субституція трансмиссіи; онъ лишь постановляетъ, что трансмиссія права изъ призванія въ пользу наслѣдниковъ тогда не имѣетъ мѣста, если наслѣдодатель a) ее исключилъ expressis verbis или b) сдѣлалъ такое назначеніе другого наслѣдника, именно Nacherbe [32], по которому можно судить, что наслѣдодатель имѣлъ въ виду отстра-

---

[29] Unger, System VI, § 36 въ концѣ и прим. 18, тамъ же.

[30] Весь § приведенъ выше, стр. 185,

[31] Вопросъ этотъ имъ разсмотрѣнъ въ его книгѣ. Transmission pendente condicione, стр. 8—17.

[32] Терминъ „Nacherbe" въ австрійскомъ гражданскомъ уложеніи обозначаетъ два различныя понятія, именно: понятіе субститута (§ 604 b. G. B. приведенъ ниже въ слѣд. примѣчаніи), то, что Гражданское Уложеніе Германской имперіи обозначаетъ терминомъ Ersatzerbe (§ 2096 b. G. B.) и понятіе фиденкомиссарнаго наслѣдника (§ 612 B. g. B.), что спеціально обозначается въ германскомъ уложеніи терминомъ Nacherbe (§ 2100 B. G. B.).

нить отъ наслѣдованія наслѣдниковъ перваго имъ назначеннаго лица, если оно умретъ послѣ него, но до принятія наслѣдства.

На то, что § 809 b. G. B. слѣдуетъ понимать именно въ этомъ смыслѣ, указываютъ:

1) Соотвѣтствующій этому параграфу:

> § **611. II westgal G. B.** Stirbt der Erbe während dieser Frist (Deliberationsfrist), ohne sich erklärt zu haben, so geht sein Erbrecht auf seine Erben über, wenn sie anders der Erblasser nicht ausgeschlossen und andere Nacherben eingesetzt hat...

Не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что въ этомъ параграфѣ, какъ видно изъ его текста, уже никакъ не содержится того, что хотятъ навязать § 809. b. G. B. То, что въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ этого параграфа стоитъ und, а не oder, какъ въ § 800 b. G. B., не даетъ основанія приписать послѣднему параграфу то, чего нѣтъ въ § 611. II. westgal G. B. Въ § 809 und замѣненъ чрезъ oder, говоритъ Strohal, на томъ основаніи, чтобъ избѣгнуть неточности, поскольку дѣло касается какъ того случая, когда завѣщатель прямо отстранилъ наслѣдниковъ назначеннаго имъ себѣ въ наслѣдники лица, но при этомъ никого не назначилъ наслѣдовать вмѣсто нихъ, такъ и того случая, когда воля завѣщателя отстранить наслѣдниковъ назначеннаго имъ себѣ въ наслѣдники лица выразилась именно лишь въ назначеніи Nacherben.

2) То, что въ § 809 b. G. B., какъ и въ 611 II westgal G. B, идетъ рѣчь объ условіи назначенія не просто Nacherben, а andere Nacherben. Если только нахожденіе здѣсь этого мѣстоименія имѣетъ какой-либо смыслъ, то именно тотъ, чтобъ изъ самаго назначенія субститута (Nacherbe) несомнѣнно явствовала воля завѣщателя относительно того, чтобы непосредственно за смертію назначеннаго на мѣсто онаго

другія лица, а не наслѣдники призваннаго вступили бы въ наслѣдство его, завѣщателя.

Наконецъ, противъ утвержденія, что со смертью призваннаго, за которымъ слѣдуетъ субститутъ, условіе призванія субститута тѣмъ самымъ осуществляется, Strohal замѣчаетъ, что дѣйствительно субститутъ имѣетъ наслѣдовать подъ условіемъ, что institutus наслѣдства не получитъ, „nicht erlangt“ [33], потому что послѣдній не хотѣлъ или не могъ быть наслѣдникомъ [34]; но при этомъ не слѣдуетъ забывать, что выраженіе по нѣмецки „если такой-то не захочетъ или не сможетъ пріобрѣсть“ въ австрійскомъ гражданскомъ уложеніе имѣетъ постоянное, техническое значеніе и равняется выраженію „если такой-то или его трансмиссары въ случаѣ его смерти послѣ наслѣдодателя, но до принятія наслѣдства, не захотятъ или не смогутъ пріобрѣсть“. Такъ, въ § 560 b. G. B.[35] сказано, что приращеніе имѣетъ мѣсто и притомъ, между прочими другими условіями, если er kann oder will (т.-е. призванный) von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen, между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что трансмиссія предшествуетъ праву приращенія. Равно извѣстно, что трансмиссары назначеннаго въ наслѣдники лица имѣютъ преимущество передъ призваннымъ по закону, тѣмъ не менѣе § 726 b. G. B. гласитъ:

---

[33] § 604 b. G. B. Jeder Erblasser kann für den Fall, dass der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erlangt, Einen, und, wenn auch dieser sie nicht erlangt, einen zweiten und im gleichen Falle einen dritten, oder auch noch mehrere Nacherben berufen. Diese Anordnung heisst eine gemeine Substitution. Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe.

[34] § 605 b. G. B. Hat der Erblasser aus den bestimmten Fällen, dass der ernannte Erbe nicht Erbe sein kann, oder, dass er nicht Erbe sein will, nur Einen ausgedrückt; so ist der andere Fall ausgeschlossen.

[35] Wenn alle Erben ohne Bestimmung der Theile oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden, und es kann, oder will einer der Erben von seinem Erbrechte keinen gebrauch machen; so wächst der erledigte Theil den übrigen eingesetzten Erben zu.

Will oder kann weder ein Erbe, noch ein Nacherbe die Verlassenschaft annehmen; so fällt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben...

Австрійское гражданское уложеніе, стало-быть, смотритъ на осуществленіе трансмиссіи, какъ на нѣчто само собою разумѣемое, такъ что спеціальное упоминаніе о трансмиссарахъ оно считаетъ совершенно излишнимъ и при упоминаніи о призванныхъ оно подразумѣваетъ и ихъ.

II.

Сводъ Гражданскихъ Узаконеній Губерній Прибалтійскихъ, также какъ и австрійское гражданское уложеніе, относится къ группѣ законодательствъ держащихся въ вопросѣ о пріобрѣтеніи наслѣдства римскаго начала. Но, въ отличіе отъ австрійскаго права и согласно съ римской доктриной, право нашихъ Прибалтійскихъ губерній не предполагаетъ непремѣнно совпаденія момента призванія съ моментомъ смерти наслѣдователя. Сводъ различаетъ открытіе наслѣдства (Eröffnung des Erbschaft) отъ призванія къ наслѣдованію (Berufung zur Erbfolge или Anfall der Erbschaft). Наслѣдство открывается, естественно, со смертію наслѣдодателя и, въ противность римскому принципу hereditas viventis non datur, также съ гражданскою смертью его [36]. Только существующее или, покрайней мѣрѣ, зачатое въ этотъ моментъ физическое лицо можетъ быть способно наслѣдовать [37]. За

[36] Ст. 2581 Св. Г. У. Г. П.

[37] Ст. 1695 Св. Г. У. Г. П. Но значеніе открытія наслѣдства этимъ, конечно, не исчерпывается. Такъ, надлежащій судъ по дошедшему до него офиціальному увѣдомленію о чьей-либо смерти долженъ озаботиться, насколько обстоятельства того требуютъ, объ охраненіи открывшагося наслѣдства, именно—объ опечатаніи имущества, описи и оцѣнкѣ его и передачѣ его на храненіе, наконецъ, о назначеніи попечительства надъ нимъ, ст. ст. 2587, 2589, 2590 Св. Г. У. Г. П.

моментомъ или, смотря по обстоятельствамъ, въ самый моментъ открытія наступаетъ моментъ призванія, это есть тотъ моментъ, когда наслѣдство дѣлается доступнымъ для даннаго лица, предлагается („angetragen ist") ему на основаніи акта или завѣщанія или договора о наслѣдованіи [38]. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что призваніе къ наслѣдованію въ Сводѣ Гражданскихъ Узаконеній Губерній Прибалтійскихъ, какъ и въ римскомъ правѣ, опредѣлено субъективно [39]. Способность наслѣдовать должна существовать въ моментъ призванія и продолжаться до принятія наслѣдства [40]. Для пріобрѣтенія наслѣдства, въ отличіе отъ австрійскаго и согласно римскому праву, необходимо пережить не только открытіе наслѣдства, т.-е. смерть наслѣдодателя, но и моментъ призванія [41]; наслѣдникъ, назначенный подъ условіемъ, долженъ пережить и осуществленіе условія. Но ни за открытіемъ наслѣдства, ни за призваніемъ къ наслѣдованію еще не слѣдуетъ ipso jure пріобрѣтеніе наслѣдства: для пріобрѣтенія наслѣдства необходимо еще, чтобы призванный принялъ наслѣдство, т.-е. выразилъ волю быть наслѣдникомъ. Этотъ актъ принятія наслѣдства и будетъ моментомъ пріобрѣтенія его [42]. Актъ принятія не облеченъ закономъ въ опредѣленную форму,

---

[38] Ст. ст. 1698—1700 Св. Г. У. Г. П.

[39] Ср. выше стр. 187 и сл.

[40] Въ случаѣ призванія на основаніи завѣщанія или договора о наслѣдованіи, призванный долженъ въ Балтійскомъ краѣ, за исключеніемъ Ревеля, быть способнымъ и въ моментъ совершенія завѣщанія или договора, ст. 1647 и прим. къ нему Св. Г. У. Г. П.

[41] Ст. 2621 Св. Г. У. Г. П. Nicht nur der gesetzliche sondern auch der testamentarische und der vertragsmässige Erbe muss die Eröffnung der Erbschaft (Art. 2581) und damit zugleich den Anfall derselben (Art. 1696) oder die Berufung zur Erbfolge,—der bedingt eingesetzte Erbe aber muss den Eintritt der Bedingung erlebt haben, um die Erbschafter werben zu können. Русскій и нѣмецкій тексты этой статьи расходятся въ мѣстѣ, напечатанномъ курсивомъ; русскій текстъ въ этомъ мѣстѣ гласитъ: „наступающее съ тѣмъ вмѣстѣ призваніе".

[42] Ст. 2622 Св. Г. У. Г. П.

принятіе можетъ состояться въ словесномъ или письменномъ изъявленіи или въ такихъ дѣйствіяхъ, которыхъ въ данномъ случаѣ нельзя истолковать иначе, какъ въ смыслѣ признанія себя наслѣдникомъ [43].

Итакъ, съ момента открытія наслѣдства, поскольку открытіе не является и призваніемъ для даннаго лица, не возникаетъ еще для послѣдняго никакихъ правъ на наслѣдство. О возможности данному лицу сдѣлаться наслѣдникомъ можетъ быть рѣчь только съ призванія его къ наслѣдованію [44]. Каковая возможность является для призваннаго правомъ, а не обязанностью: никто не можетъ быть принуждаемъ къ принятію доставшагося ему наслѣдства, а напротивъ, всякому предоставляется на волю вступить въ наслѣдство или отъ него отречься. Однако законъ допускаетъ одно исключеніе изъ этого принципіальнаго положенія въ институтѣ наслѣдованія: если призванный, на основаніи договора о наслѣдованіи, не выговорилъ себѣ въ договорѣ права отреченія, онъ таковаго лишенъ [45]. Право призваннаго, какъ и въ австрійскомъ гражданскомъ уложеніи, неотчуждаемо путемъ сдѣлки между живыми: въ Сводѣ Гражданскихъ Узаконеній Губерній Прибалтійскихъ не имѣется никакихъ статей объ отчужденіи лицомъ призваннымъ открытаго ему, но еще имъ не принятаго наслѣдства; Сводъ говоритъ лишь о передачѣ наслѣдства пріобрѣтателемъ его другому, но и въ этомъ случаѣ наслѣдникъ по отчужденіи имъ наслѣдства не перестаетъ быть таковымъ, почему на него непосредственно

---

[43] Ст. 2625 Св. Г. У. Г. П.

[44] Ст. 2622 Св. Г. У. Г. П:

[45] Ст. 2623 и прим. къ ст. 2776 Св. Г. У. Г. П. Каковое исключеніе вовсе не извѣстно ни австрійскому праву, ни пандектному, а равно и Гражданскому Уложенію Германской имперіи, какъ оно не было извѣстно и прусскому праву. Anders, Grundriss, стр. 33, Krainz-Pfoff, System, т. II, Ausführungen § 508. 4 (стр. 399); Dernburg P. III, § 121. 1; Windscheid—Kipp. P. III, стр. 436—437; Dernburg Pr. Privatr. III, § 177. 3 (стр. 517).

падаетъ и отвѣтственность передъ кредиторами и легатарами наслѣдодателя [46].

Но это право изъ призванія вмѣстѣ съ прочимъ составомъ наслѣдства, оставшагося послѣ призваннаго, переходитъ къ его наслѣдникамъ, поскольку оно не погасилось еще до смерти призваннаго. Погашается же оно своимъ осуществленіемъ, т.-е. принятіемъ призваннымъ наслѣдства или его отреченіемъ отъ него. Далѣе, это право погашается, слѣдовательно, не переходитъ по наслѣдству, и въ случаѣ истеченія того или другого срока, который, смотря по обстоятельствамъ, полагается по закону или назначенъ наслѣдодателемъ для принятія наслѣдства [47]. Такъ, если призванный былъ въ обладаніи наслѣдственнымъ имуществомъ, то, не давъ своевременно отзыва о наслѣдствѣ, онъ считается принявшимъ его; если же призванный не обладалъ наслѣдственнымъ имуществомъ и пропустилъ срокъ для изъявленія своей воли, то онъ считается отказавшимся отъ наслѣдства [48]). Изъ сказаннаго, само собою разумѣется, никакъ не вытекаетъ, чтобы трансмиссія въ правѣ Балтійскаго края была ограничена срокомъ; напротивъ, трансмиссія тамъ, въ отличіе отъ римской, не ограничена никакимъ срокомъ, какъ и въ австрійскомъ правѣ, и въ послѣднемъ изъ приведенныхъ сейчасъ случаевъ она не имѣетъ мѣста не въ силу истеченія срока, для нея положеннаго, а вслѣдствіе погашенія съ истеченіемъ даннаго срока самаго права—объекта трансмиссіи.

О трансмиссіи говоритъ ст. 2632 Св. Г. У. Г. П.:

---

[46] Ст. 2672 Св. Г. У. Г. П. Впрочемъ, что касается казны, то отчужденіе доставшагося ей наслѣдства освобождаетъ ее отъ всякой отвѣтственности по наслѣдству, каковая цѣликомъ переходитъ на пріобрѣтателя, ст. 2675 Св. Г. У. Г. П.

[47] Ст. ст. 2628—2630 Св. Г. У. Г. П.

[48] Ст. 2631 Св. Г. У. Г. П.

„Если призванный къ наслѣдованію умретъ прежде опредѣленнаго на изъявленіе своей воли срока (ст. 2628—2630) безъ учиненія отзыва, то наслѣдникамъ его предоставляются тѣ же сроки для подачи отзывовъ, какъ относительно оставшагося послѣ него наслѣдства, такъ и въ разсужденіи того, которое ему досталось, но еще не было имъ принято“.

Эта статья, какъ видно изъ ея содержанія, предоставляетъ наслѣдникамъ призваннаго тѣ же сроки: 1) для подачи отзыва относительно оставшагося послѣ него наслѣдства и 2) для подачи отзыва относительно наслѣдства, къ коему онъ призывался. Подъ словами „тѣ же сроки“ статья, очевидно, разумѣетъ различные сроки, о которыхъ говорятъ статьи 2628—2630. Со смертью призваннаго срокъ, который былъ у него для подачи отзыва о наслѣдствѣ, отмѣняется, замѣняясь новымъ срокомъ, начинающимся и кончающимся одновременно съ тѣмъ, который предоставляется призваннымъ наслѣдовать умершему призванному. Слѣдовательно, если призванные отложатъ, напримѣръ, до момента истеченія срока свое рѣшеніе относительно непосредственно выпавшаго имъ наслѣдства, то они, дабы не лишиться права выбора по отношенію наслѣдства, къ коему призывался ихъ наслѣдодатель, должны одновременно дать отзывъ относительно обоихъ наслѣдствъ, если отзывъ ихъ относительно наслѣдства самого ихъ наслѣдодателя будетъ положительнымъ. Далѣе, предварительный, до принятія ими послѣдняго наслѣдства, отзывъ ихъ о наслѣдствѣ, къ коему призывался ихъ наслѣдодатель, не будетъ имѣть никакого значенія. Если же наслѣдники призваннаго приняли еще до истеченія положеннаго срока наслѣдство, послѣ него открывшееся, то на принятіе того наслѣдства, къ коему призывался ихъ

наслѣдодатель, или на отреченіе отъ него имѣется весь остатокъ того же срока.

Итакъ, балтійское право неограниченно и безусловно признаетъ преемство въ положеніи призваннаго: разъ данное лицо умерло призваннымъ, право его изъ призванія переходитъ къ его наслѣдникамъ со всѣми прочими правами, входящими въ составъ его наслѣдства. Неограниченности и безусловности признанія трансмиссіи не противорѣчитъ ни то, что о трансмиссіи послѣ призваннаго на основаніи договора о наслѣдованіи въ предусмотрѣнномъ ст. 2623 Св. Г. У. Г. П. [49] случаѣ не можетъ быть рѣчи, такъ какъ здѣсь отсутствуетъ самый предметъ преемства (право выбора между принятіемъ и отреченіемъ), ни то, что съ истеченіемъ того или другого срока для осуществленія права изъ призванія нѣтъ трансмиссіи по той же причинѣ— отсутствію предмета преемства.

Редакція единственной спеціально говорящей о трансмиссіи статьи въ Сводѣ Гражданскихъ Узаконеній для прибалтійскаго края не даетъ никакого основанія къ сомнѣнію въ томъ, что трансмиссія, согласно ея понятію, предшествуетъ и въ балтійскомъ правѣ субституціи; равно нѣтъ и во всемъ Сводѣ основаній къ такому сомнѣнію. Напротивъ, имѣется, по крайней мѣрѣ для Курляндіи, несомнѣнное положительное указаніе въ томъ, что трансмиссія предшествуетъ субституціи. Такъ, въ Курляндіи субститутъ, назначенный нѣсколькимъ наслѣдникамъ, можетъ воспользоваться своимъ правомъ лишь послѣ выбытія всѣхъ ихъ [50], такъ что право приращенія здѣсь, во всякомъ случаѣ, предшествуетъ субституціи, между тѣмъ право приращенія для всѣхъ трехъ прибалтійскихъ губерній бываетъ только въ томъ случаѣ если трансмиссія не имѣетъ мѣста:

[49] См. выше, стр. 203.

[50] Ст. 2145 Св. Г. У. Г. П.

Ст. 2879. Св. Г. У. Г. П. „Право приращенія не имѣетъ мѣста, когда у выбывшаго наслѣдника находится субститутъ, или же когда, за воспослѣдовавшею смертію его уже послѣ призванія къ наслѣдованію, право его перейдетъ къ наслѣдующимъ послѣ него".

Правда, что эта статья находится среди статей касающихся права приращенія между сонаслѣдниками въ Курляндіи, тѣмъ не менѣе, она, какъ мы только что упомянули, имѣетъ примѣненіе для всѣхъ трехъ губерній, что видно изъ нижеслѣдующихъ статей Свода:

Ст. 2897. „Въ Лифляндіи и Эстляндіи права приращенія при наслѣдованіи, какъ по закону, такъ и по договору, опредѣляются тѣми же постановленіями, какъ и въ Курляндіи".

Ст. 2900. „Общія правила о правѣ приращенія (ст. 2878 и слѣд.) — насколько они вообще примѣняются (ст. 2897 и 2898)—дѣйствуютъ одинаково въ Лифляндіи и Эстляндіи".

Съ другой стороны, въ статьяхъ о правѣ приращенія при наслѣдованіи въ Лифляндіи и Эстляндіи нѣтъ ни одной, которая исключила бы примѣненіе ст. 2879.

Въ заключеніе изложеннаго о трансмиссіи въ балтійскомъ правѣ мы коснемся въ нѣсколькихъ словахъ статьи 1882 Св. Г. У. Г. П. въ связи съ ст. 2632.

Статья 1882 Св. Г. У. Г. П. гласитъ:

„Въ случаѣ выбытія изъ разряда того лица, которое законъ призываетъ къ наслѣдованію прежде другихъ, наслѣдство, если не останется сонаслѣдниковъ съ такими же правами, какія имѣло это лицо, или если и они тоже всѣ выбыли, переходитъ не къ нисходящимъ или другимъ наслѣдникамъ выбывшаго, а къ занимающимъ бли-

жайшее въ отношеніи къ наслѣдодателю въ томъ разрядѣ мѣсто. Когда же въ этомъ разрядѣ не окажется имѣющихъ право наслѣдованія, или когда выбудутъ всѣ принадлежащія къ оному лица, наслѣдство переходитъ въ слѣдующій разрядъ, начиная съ тѣхъ, которыхъ законъ призываетъ къ наслѣдованію прежде другихъ".

Эта статья имѣетъ своимъ содержаніемъ установленіе послѣдовательнаго призванія по разрядамъ и степенямъ, successio ordinum et graduum, то что нѣмцы называютъ successive Berufung. Что поэтому подъ выбытіемъ статья разумѣетъ выбытіе, именно, по наступленіи призванія, т.-е выбытіе лица призваннаго — понятно само собою, помимо того, что на это прямо указываетъ и самый текстъ; тѣмъ не менѣе терминъ выбытія въ данномъ случаѣ выражаетъ болѣе того, что хотѣлъ имъ выразить законъ въ данной статьѣ. Дѣло въ томъ, что статья 1882 говоритъ, что съ выбытіемъ лица призваннаго наслѣдство „переходитъ не къ нисходящимъ или другимъ наслѣдникамъ выбывшаго". Но въ такомъ случаѣ, спрашивается, не находится ли эта статья въ прямомъ противорѣчіи со ст. 2632 Св. Г. У. Г. П., постановляющей переходъ права изъ призванія отъ умершаго къ его наслѣдникамъ, или, по крайней мѣрѣ, не отмѣняетъ ли она эту статью въ той части, въ которой послѣдняя распространяется на призванныхъ по закону.

Однако ст. 2632 по своему положенію въ сводѣ (она находится въ раздѣлѣ (VII) о вступленіи въ право наслѣдованія и пріобрѣтеніи наслѣдствъ,—раздѣлѣ, одинаково относящемся къ наслѣдованію на основаніи завѣщанія какъ и по закону) не даетъ никакихъ основаній предполагать, что она говоритъ лишь о призванныхъ по завѣщанію и, въ извѣстномъ случаѣ, призванныхъ по договору о наслѣдованіи. Но всякое недоумѣніе устранится, если выключить изъ выбы-

тія случай смерти и случаи, ему закономъ приравниваемые, именно присужденіе къ наказанію съ потерею имущественныхъ правъ и вступленіе въ монашество [51]: т.-е. если ограничительно толковать выбытіе въ томъ смыслѣ, что подъ этимъ терминомъ законъ разумѣетъ здѣсь прекращеніе у призваннаго права его еще при жизни, не обусловленное наслѣдственнымъ преемствомъ послѣ призваннаго. Такъ, въ случаѣ осуществленія призваннымъ своего права въ формѣ отреченія отъ наслѣдства, пропуска срока для подачи отзыва объ открывшемся наслѣдствѣ, которое призванный не имѣетъ въ своемъ фактическомъ обладаніи [52], вслѣдствіе такого выбытія изъ ряда лица призваннаго, наслѣдство, конечно, обратится къ слѣдующему за нимъ призываемому, прежде другихъ, лицу.

Въ правѣ другой окраины нашего отечества, Бессарабской губерніи, существуетъ преемство въ призваніи, сложившееся подъ несомнѣннымъ вліяніемъ l. 19 C. de jure delib., установившей transmissio Justinianea. Именно, по дѣйствующему тамъ шестикнижію Арменопуло, если малолѣтній impubes умретъ послѣ наслѣдодателя въ то время, какъ вопросъ о принятіи наслѣдства остается еще открытымъ, то право выбора jus deliberandi переходитъ къ его наслѣдникамъ. О такой трансмиссіи упоминается у Арменопуло въ слѣдующей конкретной формѣ:

Lib. V. Tit. 8, § 7 (изд. Heimbach).

Matre defuncta, superstite filia impubere si puella intra sedecim dies vel pauciores vel plures moriatur, ad heredes suos jus deliberandi transmittit.

---

[51] Ст. ст. 1691, 2581 Св. Г. У. Г. П.
[52] Ст. 2631 Св. Г. У. Г. П.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Принципъ „Der Todte erbt den Lebendigen“ въ современномъ правѣ.

I. Sui heredes и наслѣдники въ древнегерманскомъ правѣ.—Германскіе принципы наслѣдованія въ прусскомъ правѣ.—II. Code civil. Германскіе принципы во французскомъ правѣ.—Прекращеніе права выбора между принятіемъ наслѣдства и отреченіемъ отъ него.—Art. 789 C. c.—Послѣдствія осуществленія трансмиссарами своего права.—Оцѣнка art. 782 C. c.—Субституція и трансмиссія.—III. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Условія осуществленія права отреченія.—Послѣдствія отреченія.—Что разумѣется подъ принятіемъ наслѣдства.—Срокъ для права отреченія. — Послѣдствіе осуществленія трансмиссарами своего права.—Дѣйствительный смыслъ § 1952, 2-й абзацъ B. G. B.

I.

Ту же по существу трансмиссію, что и разсмотрѣнная нами выше въ третьей главѣ трансмиссія ex jure suitatis, мы встрѣчаемъ въ законодательствахъ, въ коихъ наслѣдованіе сложилось подъ вліяніемъ древней германской системы наслѣдованія, каковая система, во многихъ своихъ принципахъ противоположная римской, представляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ болѣе благопріятныя условія въ сравненіи съ римской для преемства въ положеніи наслѣдника, имѣющаго право отречься отъ наслѣдства. По германской системѣ наслѣдованія лица, имѣющія наслѣдовать умершему, становятся наслѣдниками его въ самый моментъ его смерти безъ всякаго съ ихъ стороны волеизъявленія. Въ этомъ они сходятся съ римскими sui heredes, но, съ другой стороны, въ отличіе отъ sui heredes, они не пріобрѣтаютъ наслѣдства противъ своей

воли: институтъ heres necessarius не извѣстенъ германской системѣ, и рядомъ съ принципомъ пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure дѣйствуетъ равносильный принципъ, такъ выраженный, напримѣръ, въ Coutume de Paris, art. 316: Il ne se porte héritier qui ne veut. Правда, въ римскомъ правѣ sui имѣютъ potestas abstinendi, безъ чего не могло быть рѣчи о трансмиссіи положенія sui heredes, но это право отреченія является именно beneficium, а не однимъ изъ принциповъ наслѣдованія, коимъ право отреченія является въ германской системѣ [1].

Другимъ принципомъ, которымъ германская система наслѣдованія отличается отъ римской, является принципъ отвѣтственности наслѣдника за долги наслѣдодателя лишь въ предѣлахъ положительнаго наслѣдственнаго имущества. Этотъ принципъ германской системы наслѣдованія имѣетъ свое признаніе въ римскомъ правѣ также лишь въ видѣ отступленія, въ видѣ beneficium, именно beneficium inventarii. И если по германской системѣ наслѣдованія требуется отъ наслѣдника, не уплачивающаго всѣхъ долговъ наслѣдодателя, доказательство того, что актива наслѣдственнаго имущества дѣйствительно недостаетъ на покрытіе всего его пассива, каковое доказательство предполагаетъ составленіе описи наслѣдству, то опись эта является только обезпеченіемъ права наслѣдника покрывать пассивъ наслѣдства лишь изъ актива его, между тѣмъ какъ опись наслѣдства въ римскомъ правѣ является causa efficiens для ограниченной размѣрами актива наслѣдства отвѣтственности наслѣдника за долги наслѣдодателя [2]. Уже одни эти только что приведенные принципы германской системы наслѣдованія, именно: 1) пріобрѣтеніе на-

---

[1] Walter, System des gem. deutsch. Privatr. § 412; Bluntschli, Deutsch. Privatr. § 234; Heussler, System des gem. deutsch. Privatr. § 152; Gerber. System d. deutsch. Privatr. § 248 Gengler d. deutsch. Privatr. § 177.

[2] Beseler, System § 149, II.; Bluntschli § 250 II; Gerber § 248 и прим. 10.

слѣдства исключительно ipso jure; 2) свобода отречься отъ наслѣдства, 3) ограниченная размѣрами наслѣдства отвѣтственность наслѣдника за долги наслѣдодателя,—указываютъ, насколько рѣзко расходится германская система наслѣдованія съ римской.

Древняя германская система наслѣдованія не сохранилась во всей чистотѣ какъ дѣйствующее право, но изъ важнѣйшихъ европейскихъ законодательствъ эта система особенно сильно отразилась на прусскомъ земскомъ правѣ только недавно, съ появленіемъ новаго гражданскаго уложенія для Германской имперіи, отошедшемъ въ область исторіи; въ этомъ правѣ, несомнѣнно, сохранились всѣ три приведенные принципа. Такъ, по прусскому праву наслѣдство переходитъ къ наслѣдникамъ въ моментъ смерти наслѣдодателя, въ этотъ именно моментъ они становятся субъектами правъ и обязанностей, изъ коихъ состоитъ наслѣдственное имущество, безъ того, чтобъ они вступили во владѣніе наслѣдствомъ, безъ всякаго съ ихъ стороны выраженія воли принять наслѣдство и, наконецъ, даже не зная о томъ, что имъ выпало наслѣдство [3]. Однако, наслѣдникамъ при этомъ предоставляется или согласиться на состоявшееся пріобрѣтеніе наслѣдства, что называется принятіемъ наслѣдства (Antretung der Erbschaft), или отказаться отъ наслѣдства, т.-е. выразить волю перестать быть наслѣдниками—отреченіе отъ наслѣдства (Entsagung der Erbschaft) [4].

Отреченіе отъ наслѣдства въ отличіе отъ jus abstinendi является актомъ безповоротнымъ: разъ оно состоялось, оно ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть взято обратно [5]. Отреченіе отъ наслѣдства не подразумѣвается [6] и можетъ состояться лишь въ

[3] § 367, § 368 A. L. R. I. 9.
[4] § 383 и заглавіе надъ § 389 A. L. R. I. 9.
[5] § 411 A. L. R. I. 9.
[6] § 412, § 421 въ соед. съ § 420 A. L. R. I. 9.

опредѣленной закономъ формѣ и лишь въ теченіе 6-недѣльнаго срока съ того момента, когда наслѣдникъ узналъ о своемъ наслѣдованіи [7]. Напротивъ, для принятія наслѣдства не требуется никакой опредѣленной формы, всякое по отношеніи къ наслѣдству дѣйствіе, которое, очевидно, можетъ исходить лишь отъ человѣка съ волею быть наслѣдникомъ, будетъ считаться за принятіе; равно невыраженіе наслѣдникомъ своей воли относительно того, принимаетъ ли онъ выпавшее ему наслѣдство или отказывается отъ него, считается по истеченіи вышеозначеннаго шестинедѣльнаго срока за принятіе: въ неосуществленіи права отреченія въ теченіе этого срока заключается согласіе остаться наслѣдникомъ [8].

Съ принятіемъ наслѣдства наслѣдникъ отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя лишь въ размѣрѣ актива наслѣдства, при чемъ, конечно, онъ безгранично отвѣчаетъ своимъ имуществомъ за тѣ неправильности, которыя онъ допустилъ при удовлетвореніи кредиторовъ изъ наслѣдственнаго имущества, поскольку эти неправильности были причиной неполнаго ихъ удовлетворенія: наслѣдники, прежде всего, являются управителями или ликвидаторами наслѣдственнаго имущества, въ пользу которыхъ остается ὑπέροχα [9]. Но вмѣстѣ съ тѣмъ наслѣдникамъ не возбраняется принять наслѣдство съ неограниченной отвѣтственностью за долги наслѣдодателя, если они того пожелаютъ; поэтому для такого принятія наслѣдства требуется, чтобы наслѣдникъ не только ясно и опредѣленно выразилъ свою волю отказаться отъ положенія наслѣдника съ ограниченной отвѣтственностію, но чтобы его отказъ былъ выраженъ въ той же формѣ, въ какой должно совершаться отреченіе отъ наслѣдства, при чемъ,

---

[7] § 398, § 400 A. L. R. I. 9; §§ 383, 384 тамъ же. Ср. Brissaud. Manuel, стр. 1565.

[8] См. §§ приведенные выше въ прим. 6.

[9] §§ 420—422, 452—455 A. L. R. I. 9.

однако, отказъ отъ ограниченной отвѣтственности, въ отличіе отъ отреченія, можетъ быть взятъ обратно до истеченія вышеупомянутаго шестинедѣльнаго срока [10]. Что наслѣдникъ въ случаѣ увѣренности въ превышеніи актива наслѣдства надъ пассивомъ его, предпочтетъ принять наслѣдство съ неограниченной отвѣтственностью,—весьма понятно, такъ какъ такое принятіе имѣетъ ту выгоду, что оно избавляетъ наслѣдника отъ обязанности представленія подробной описи всему наслѣдственному имуществу и отъ всѣхъ сопряженныхъ съ этимъ расходовъ, хлопотъ и другихъ не всегда пріятныхъ послѣдствій принятія наслѣдства съ ограниченной отвѣтственностью.

Наслѣдникъ, не отказавшійся отъ ограниченной размѣрами актива наслѣдства отвѣтственности, обязанъ въ теченіе, обыкновенно, шести мѣсяцевъ представить составленный согласно указаніямъ закона инвентарь всему имуществу. Значеніе этого инвентаря заключается также въ обезпеченіи интересовъ кредиторовъ: на наслѣдство, прежде всего, имѣютъ право кредиторы наслѣдодателя, инвентаремъ опредѣляется то имущество, изъ котораго кредиторы удовлетворяются прежде всѣхъ. Если наслѣдникъ съ ограниченной отвѣтственностью не представитъ инвентаря въ указанный срокъ, то тѣмъ самымъ онъ лишается той преграды требованіямъ кредиторовъ, которую создалъ бы инвентарь, опредѣляя размѣръ имущества наслѣдодателя, на которое только и могутъ простираться требованія кредиторовъ. Поэтому онъ въ этомъ случаѣ отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя и своимъ имуществомъ, но если здѣсь законъ приравниваетъ его къ наслѣднику, отказавшемуся отъ ограниченной отвѣтственности [11], то, въ виду характерной

---

[10] §§ 413—416 A. L. R. I. 9.
[11] § 427, § 439 A. L. R. I. 9.

редакціи § 414 A. L. R. I, 9 [12] не слѣдуетъ это понимать въ томъ смыслѣ, что прусскій законъ въ этомъ случаѣ принципіально признаетъ его, въ противность германскому началу, наслѣдникомъ, отвѣтственнымъ безгранично за долги наслѣдодателя, а лишь въ томъ, что онъ признаетъ его за наслѣдника, который не можетъ представить данныхъ, указывающихъ на предѣлы наслѣдства, коими исчерпывается отвѣтственность его какъ наслѣдника. Потому-то практика при примѣненіи § 427 A. L. R. I. 9 ограничивалась лишь кредиторами наслѣдодателя и легатарами и не признавала неограниченной отвѣтственности такого наслѣдника по отношенію къ его сонаслѣдникамъ, которые явились бы вмѣстѣ съ тѣмъ и кредиторами наслѣдодателя [13].

Такимъ образомъ, благодаря господству въ прусскомъ правѣ германскихъ началъ наслѣдованія, право отреченія отъ наслѣдства и отвѣтственность наслѣдника лишь въ размѣрѣ полученнаго наслѣдства являются въ прусскомъ законѣ не въ видѣ beneficia [14], а въ качествѣ принциповъ наслѣдованія признанныхъ закономъ наравнѣ съ принципами пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure. Благодаря этимъ же началамъ, положенія, нормирующія отношенія между наслѣдниками и вѣрителями наслѣдодателя въ законодательствахъ, воспринявшихъ эти принципы, не отдаютъ тою суровостью, которою проникнуты соотвѣтствующія римскія положенія, и потому необходимость трансмиссіи не является въ

---

[12] „Die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt (der Rechtswohlthat des Inventarii)annehmen zu wollen, muss eine deutliche und bestimmte Entsagung dieser Rechtswohlthat enthalten".

[13] См. примѣчаніе 111 къ § 427 A. L. R. I. 9 въ изданіи Rehbein и Reincke (1885). Вопросъ, впрочемъ, былъ споренъ, но см. Dernburg Preuss. Privatr. III, § 221 II.

[14] Лишь по недоразумѣнію прусское уложеніе говоритъ о Wohlthat des Inventarii, и вліяніе римскихъ ученій на этотъ разъ ограничилось одной терминологіей.

этихъ законодательствахъ столь крайнею, какою является она въ римскомъ наслѣдованіи sui. Тѣмъ не менѣе, даже въ такомъ законодательствѣ, какъ прусское, — на которомъ особенно сильно отразились германскія начала наслѣдственнаго права, такъ какъ лицо, имѣющее наслѣдовать, становится по прусскому праву, во всякомъ случаѣ, прежде всего наслѣдникомъ съ ограниченною отвѣтственностью,—наслѣднику наслѣдника не навязывается наслѣдство, отъ котораго послѣдній имѣлъ право отказаться: прусскій законъ постановляетъ, что если наслѣдникъ, не выразивъ своей воли относительно принятія наслѣдства или отреченія отъ него, умретъ до истеченія срока, полагаемаго на выраженіе таковой воли, то право принять наслѣдство или отречься отъ него переходитъ къ его наслѣдникамъ вмѣстѣ съ его наслѣдствомъ, при чемъ предоставленный ему срокъ не кончается до истеченія того, который его наслѣдники имѣютъ для отреченія отъ оставшагося послѣ него наслѣдства.

Однако, вмѣстѣ съ тѣмъ трансмиссія положенія наслѣдника, имѣющаго право отказаться отъ наслѣдства, далека отъ того, чтобы явиться началомъ, чуждымъ германской сисистемѣ наслѣдованія: она, напротивъ, болѣе близка ей, чѣмъ римской, jus abstinendi и переходъ этого права по наслѣдству являются въ римскомъ правѣ не болѣе, какъ нѣкоторой уступкой новому складу жизни со стороны jus civile, всего проникнутаго идеей солидарности между наслѣдодателемъ и наслѣдникомъ,—идеей продолженія въ наслѣдникѣ личности наслѣдодателя. Напротивъ, германской системѣ наслѣдованія такая точка зрѣнія была чужда: кредиторы наслѣдодателя имѣли право лишь на его имущество и притомъ, конечно, въ размѣрѣ, опредѣляемомъ обязательствами, по которымъ они являлись его кредиторами; имущество въ той части, которая превышала ихъ требованія, оставалось имуществомъ преемниковъ наслѣдодателя, распредѣленнымъ между ними

по составнымъ частямъ, согласно закону или обычаю. Такъ какъ, съ другой стороны, трудно говорить объ обязанности у преемниковъ удержать свободную наличность наслѣдственнаго имущества, (удерживать таковую можетъ быть только ихъ правомъ), то, съ точки зрѣнія древняго германскаго права, ничто не мѣшало наслѣдникамъ отступиться отъ всего имущества, которое поступало, смотря по обстоятельствамъ, къ кредиторамъ или къ имѣвшимъ наслѣдовать, если бы даннаго наслѣдника вообще не было. Потому же, далѣе, съ той же точки зрѣнія, ничто не мѣшаетъ наслѣдникамъ наслѣдника, распоряжаясь имуществомъ своего наслѣдодателя, принять или не принять то имущество, отказаться отъ котораго или принять которое ничто не мѣшало ихъ наслѣдодателю. Итакъ, согласно съ вышесказаннымъ, право отреченія и переходъ этого права по наслѣдству вовсе не есть въ германскомъ правѣ результатъ нѣкоего компромисса, а совершенно согласуются со всей древней системой германскаго наслѣдованія.

II.

Во французскомъ правѣ дѣйствуютъ и принципъ пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure и принципъ свободы отреченія. Въ этомъ отношеніи на постановленія Code civil о наслѣдованіи преобладающее вліяніе оказали coutumes. Въ мѣстностяхъ господства обычнаго права (pays coutumiers) преемство въ имуществѣ умершаго основывалось на томъ, заимствованномъ изъ древняго германскаго права, началѣ, что еще при жизни наслѣдодателя ближайшіе его наслѣдники имѣютъ

---

[15] § 397 A. L. R. I. 9. Stirbt der Erbe, ehe die Ueberlegungsfrist verlaufen ist, so haben seine Erben zur Erklärung über den ersten Anfall eben die Frist, welche ihnen in Ansehung des zweiten zu statten kommt.

абсолютное (вещное) право, въ силу котораго наслѣдодатель не можетъ распоряженіемъ на случай смерти лишить ихъ тѣхъ правъ, которыя имъ полагаются по его смерти (das Wartrecht): родовыя недвижимости (les propres) обращались въ родъ, paterna paternis, materna maternis. Въ связи съ этимъ одни лишь состоящіе съ наслѣдодателемъ въ кровномъ родствѣ, обусловленномъ законнымъ бракомъ, могли быть его наслѣдниками и становились собственниками этихъ недвижимостей однимъ фактомъ смерти наслѣдодателя, такъ какъ ихъ вышеозначенное право (das Wartrecht) со смертію наслѣдодателя, совершенно независимо отъ воли послѣдняго, получало свое полное осуществленіе, превращаясь въ то право, какое на данную недвижимость имѣлъ наслѣдодатель, при чемъ, однакоже превращеніе отнюдь не мѣшало наслѣдникамъ отречься отъ наслѣдства.

Во французскомъ правѣ всѣ наслѣдники, ставшіе таковыми, какъ на основаніи закона (héritiers légitimes и successeurs irréguliers), такъ и на основаніи завѣщанія (légataires universels и légataires à titre universel), пріобрѣтаютъ наслѣдство, даже не зная о своемъ пріобрѣтеніи, ipso jure. Въ Code civil нѣтъ статьи, которая прямо говорила бы, что лица, имѣющія быть на основаніи закона или завѣщанія наслѣдниками, становятся таковыми въ силу одного факта смерти наслѣдодателя...

Art. 711 C. C. говоритъ:

> La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession..

Но этой статьей не указывается, когда считать наслѣдованіе (succession) совершившимся—въ моментъ ли смерти наслѣдодателя или въ моментъ acceptation. Тѣмъ не менѣе не можетъ возникнуть тутъ никакого сомнѣнія, и вопросъ рѣшается

безъ всякихъ затрудненій; такъ art. 724 C. c[16], хотя непосредственно говоритъ лишь о saisine, является косвеннымъ, но несомнѣннымъ указаніемъ, что пріобрѣтеніе самаго наслѣдства имѣетъ мѣсто также de plein droit; далѣе, французскому праву неизвѣстенъ институтъ hereditas jacens, и нѣтъ по французскому праву ни delatio, ни aditio въ римскомъ смыслѣ. Что же касается въ частности légataire universel и légataire à titre universel, то хотя Code civil оказался еще болѣе скупымъ на постановленія о пріобрѣтеніи ими наслѣдства, тѣмъ не менѣе пріобрѣтеніе ими ipso jure наслѣдства, несомнѣнно, вытекаетъ изъ art. 1014 въ соединеніи съ art. 1005 и 1006 [17].

Принципъ n'est héritier qui ne veut выраженъ въ Code civil въ качествѣ именно принципа наслѣдованія; такъ, art. 775 гласитъ:

> Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue.

Такимъ образомъ, по концепціи Code civil, вмѣстѣ съ пріобрѣтеніемъ наслѣдства въ моментъ смерти наслѣдодателя наслѣдники пріобрѣтаютъ право принять наслѣдство или отречься отъ него (faculté d'accepter ou de répudier), при чемъ подъ принятіемъ наслѣдства (acceptation, иногда adition) разумѣется

---

[16] Art. 724 C. c. Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. L'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession.

[17] Art. 1014 C. c. Tout legs (particulier) pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayant cause...; art. 1005: Néanmoins, dans les mêmes cas, le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette époque...; Art. 1006: Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance.

то дѣйствіе наслѣдника, коимъ онъ отказывается отъ своего права отречься отъ пріобрѣтеннаго наслѣдства, а подъ правомъ отреченія разумѣется право перестать быть наслѣдникомъ. Благодаря означенной faculté создается для наслѣдника положеніе, подобное положенію suus, имѣющаго право на beneficium abstinendi и заключающееся въ томъ, что моментъ пріобрѣтенія черезъ смерть наслѣдодателя (ouverture des successions) не является по своему дѣйствію безповоротнымъ, что, пока за наслѣдникомъ сохраняется эта faculté, отъ него зависитъ окончательно рѣшить вопросъ о своемъ наслѣдованіи, именно—перестать ли ему быть наслѣдникомъ или остаться имъ и притомъ остаться наслѣдникомъ съ отвѣтственностью за долги наслѣдодателя, ограниченной размѣрами актива (acceptation sous bénéfice d'inventaire), или остаться наслѣдникомъ съ неограниченной отвѣтственностью за долги наслѣдодателя (acceptation pure et simple) [18].

Право отречься отъ наслѣдства или остаться наслѣдникомъ, словомъ—право выбора, прекращается при жизни наслѣдника: 1) осуществленіемъ faculté d'accepter ou de répudier, именно: a) принятіемъ наслѣдства вмѣстѣ съ ограниченною отвѣтственностью за долги наслѣдодателя или съ неограниченной за нихъ отвѣтственностью. Принятіемъ съ неограниченной отвѣтственностью считается также всякое дѣйствіе наслѣдника, которое необходимо вытекаетъ изъ воли быть наслѣдникомъ [19], а равно всякое дѣйствіе наслѣдника in fraudem creditoris наслѣдодателя [20]. b) Отреченіемъ

---

[18] Art. 774 C. c. Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire. Выраженіе bénéfice d'inventaire такъ же не подходяще здѣсь, какъ и въ прусскомъ правѣ, такъ какъ возможность принять наслѣдство съ ограниченной отвѣтственностью не есть явленіе исключительное, льгота.

[19] Art. 778 C. c.

[20] Art. 792 C. c.

отъ наслѣдства, если вслѣдъ за отреченіемъ наслѣдство было принято тѣмъ, кто является наслѣдникомъ, благодаря акту отрекшагося [21]. Отрекшійся наслѣдникъ считается, какъ будто онъ никогда не былъ наслѣдникомъ, и часть его прирастаетъ къ частямъ сонаслѣдниковъ: если же онъ былъ одинъ наслѣдникомъ, то наслѣдство обращается къ тѣмъ, которые должны быть наслѣдниками, если отказавшійся вовсе не существовалъ [22]. Въ принципѣ отреченіе является, какъ и принятіе, дѣйствіемъ окончательнымъ, но въ качествѣ исключенія, каковое не существуетъ для принявшаго, отрекшемуся разрѣшается, rebus integris, отмѣнить свое отреченіе, не затрогивая, однако, тѣхъ правъ третьихъ лицъ, которыя возникли вслѣдствіе состоявшагося акта отреченія [23].

2) Неосуществленіемъ этой faculté въ теченіе 30 лѣтъ съ пріобрѣтенія наслѣдства.

Art. 789 гласитъ:

> La faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers.

Но, конечно, означенный срокъ не имѣетъ того значенія, что до его истеченія наслѣдникъ не можетъ быть принужденъ къ тому или другому рѣшенію. Наслѣдникъ не можетъ быть принужденъ къ принятію, и противъ него, какъ противъ принявшаго наслѣдство, не можетъ состояться никакого судебнаго

---

[21] Или если право отрекшагося отмѣнить свое отреченіе и принять наслѣдство погасилось тридцатилѣтней давностью, см. ниже прим. 23.

[22] Art. art. 785, 786.

[23] Art. 790 C. c.: Tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas été déjà acceptée par d'autres héritiers; sans préjudice néanmoins des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante.

постановленія до истеченія предоставляемыхъ наслѣднику трехъ мѣсяцевъ, съ момента пріобрѣтенія наслѣдства, для составленія описи послѣднему и 40 дней, кромѣ того, для рѣшенія вопроса, принять наслѣдство или отречься отъ него, каковые сроки могутъ быть продлены судомъ, causa cognita [24]. Съ истеченіемъ означенныхъ сроковъ, какъ полагаемыхъ по закону, такъ и предоставленныхъ судомъ, наслѣдникъ, въ случаѣ предъявленія противъ него иска кредиторомъ наслѣдодателя, будетъ въ необходимости высказаться; но, съ другой стороны, самое истеченіе этихъ сроковъ и дальнѣйшее промедленіе въ объявленіи своего рѣшенія не лишаютъ наслѣдника права рѣшенія [25], и даже судебное опредѣленіе, въ силу котораго наслѣдникъ признается принявшимъ наслѣдство съ неограниченною отвѣтственностію, дѣйствительно лишь по отношенію къ лицу, по иску котораго состоялось судебное опредѣленіе: этимъ опредѣленіемъ наслѣдникъ не лишается по отношенію къ другимъ кредиторамъ наслѣдства faculté d'accepter (и притомъ purement et simplement или sous bénéfice d'inventaire) ou de répudier [26].

Итакъ, только съ осуществленіемъ своей faculté въ положительномъ смыслѣ или вообще съ неосуществленіемъ таковой въ теченіе тридцати лѣтъ наслѣдникъ теряетъ ее и остается съ однимъ пріобрѣтеннымъ наслѣдствомъ; равно

---

[24] Art. art. 795, 797, 798.

[25] Art. 800 C. c.: L'héritier conserve néanmoins après l'expiration des délais accordés par l'article 795, même de ceux donnés par le juge conformément à l'article 798, la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple.

[26] Art. 1351 C. c L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'a l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut... que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. См. Baudry-Lacantinerie т. II, № 184; Planiol т. III, № 2024; Zachariae-Crome т. IV, § 622, пр. 20.

онъ ее теряетъ, если осуществитъ ее въ отрицательномъ смыслѣ, но въ такомъ случаѣ онъ лишится и самаго наслѣдства. Впрочемъ, что касается тридцатилѣтней давности, коей погашается faculté d'accepter ou de répudier une succession, то практика держится того, господствующаго въ литературѣ взгляда, что истеченіемъ этой давности погашается не только означенная faculté, но и самое право наслѣдника на наслѣдство. Вообще, art. 789 [27], постановляющій погашеніе путемъ давности права принять наслѣдство или отречься отъ него, возбудилъ много различныхъ толкованій [28]. Въ объясненіе нашего взгляда на дѣйствіе означенной давности, прежде всего замѣтимъ, что законъ отнюдь не говоритъ о faculté d'accepter ou celle de répudier, а о faculté d'accepter ou de répudier [29], и что за симъ отождествлять право выбора (faculté d'accepter ou de répudier) съ правомъ наслѣдника на пріобрѣтенное ipso jure наслѣдство не имѣется никакого основанія: наслѣдникъ даже до принятія имъ наслѣдства не то, что delatus по римскому

---

[27] Статья приведена выше въ текстѣ см. стр. а. а.

[28] Planiol (T. III, № 1972) такъ высказывается относительно art. 789. „Несмотря на свою кажущуюся ясность art. 789 одинъ изъ наиболѣе трудно поддающихся объясненію во всемъ Code civil. Я даже убѣжденъ, что онъ не объяснимъ, и что его составители не подозрѣвали о существованіи того неразрѣшимаго вопроса, который они намъ оставили на разсмотрѣніе. Законъ объявляетъ, что по истеченіи 30 лѣтъ бездѣйствія наслѣдникъ теряетъ „faculté d'accepter ou de répudier". Но въ такомъ случаѣ каково его положеніе? Законъ объ этомъ умалчиваетъ. Окончательно онъ сдѣлался наслѣдникомъ или онъ окончательно отстраненъ отъ наслѣдства? Объ этомъ не было бы вопроса, если бы законъ объявилъ, что давностью погашается лишь возможность принять наслѣдство или лишь возможность отречься отъ него: наслѣдникъ считался бы принявшимъ рѣшеніе, обратное тому, которое законъ ему воспретилъ; но такъ какъ законъ объявляетъ, что давностью устраняется одновременно возможность того и другого выбора, то неизвѣстно къ какому заключенію прійти".

[29] См. Planiol III, № 1974, который, однако, также утверждаетъ, что наслѣдникъ теряетъ и пріобрѣтенное имъ въ силу смерти наслѣдодателя наслѣдство.

праву или призванный по австрійскому праву, у которыхъ съ момента призванія имѣется лишь право принять наслѣдство или отречься отъ него. Сами французскіе цивилисты, придерживающіеся вышеозначеннаго взгляда говорятъ, что „... la transmission aux héritiers des biens laissés par le défunt est immédiate et elle a lieu de plein droit. Le patrimoine du défunt est donc acquis à ses héritiers sans qu'il se produise une solution de continuité dans la propriété. Nous n'avons plus en droit français de jacence de l'hérédité [30]... Итакъ, у наслѣдника не одно право наслѣдованія (droit héreditaire, vocation du successible), у него это право имѣется, какъ было выше сказано, именно потому, что онъ наслѣдникъ, оно есть, такимъ образомъ, слѣдствіе его права на пріобрѣтенное наслѣдство, которое онъ можетъ, какъ наслѣдникъ, или сохранить, или отбросить. Распространять дѣйствіе давности и на право наслѣдника на самое наслѣдство еще потому нѣтъ основанія, что оба права—право выбора и право на самое наслѣдство—мыслимы отдѣльно, и потеря наслѣдникомъ права выбора еще не влечетъ потери наслѣдства: такъ, съ принятіемъ наслѣдства, наслѣдникъ не имѣетъ болѣе права выбора, такъ какъ оно уже исчерпано.

То обстоятельство, что наслѣдники съ пріобрѣтеніемъ наслѣдства пріобрѣтаютъ и faculté d'accepter ou de répudier, является тѣмъ даннымъ, безъ котораго не можетъ быть рѣчи во французскомъ правѣ о трансмиссіи. Въ признаніи же способности этой faculté переходить по наслѣдству заключается признаніе самой трансмиссіи. Это признаніе принципіально и безусловно выражено въ

Art. 781. C. c. Lorsque celui à qui une succession est échue est décédé sans l'avoir répudiée ou sans l'a-

[30] Planiol III, № 1926; ср. Zachariae-Dreyer § 609; Baudry-Lacantinerie II, № 30; Laurent II, №№ 69, 71; Delsol II, № 31.

voir acceptée expressément ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef.

Итакъ, если наслѣдникъ умеръ, не принявъ наслѣдства и не отрекшись отъ него, то его наслѣдникамъ предоставляется совершить то или другое дѣйствіе относительно этого наслѣдства; далѣе, такъ какъ la faculté d'accepter ou de répudier, согласно art. 790 C. c. не утрачивается окончательно наслѣдникомъ, отрекшимся отъ наслѣдства, но имѣющимъ еще возможность таковое принять, то трансмиссія имѣетъ мѣсто и послѣ такого наслѣдника: la faculté d'accepter ou de répudier равно переходитъ и къ его наслѣдникамъ [31].

Съ принятіемъ трансмиссарами наслѣдства, доставшагося ихъ трансмитенту, или съ отреченіемъ ихъ отъ этого наслѣдства, дѣло обстоитъ такъ, какъ будто самъ наслѣдникъ принялъ наслѣдство или отказался отъ него: „ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef". Слѣдовательно, если трансмиссары откажутся отъ наслѣдства, доставшагося трансмитенту, то этимъ отреченіемъ, приравнимаемымъ къ отреченію самого трансмитента, выяснится, что трансмитентъ, согласно

art. 785 C. c. L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier.

никогда не былъ наслѣдникомъ, а отсюда вытекаетъ, что если трансмитентъ былъ единственнымъ наслѣдникомъ, то наслѣдство считается непосредственно доставшимся отъ наслѣдодателя тѣмъ, которыхъ трансмитентъ непосредственно собою исключалъ изъ наслѣдованія, причемъ право представленія по Code civil въ данномъ случаѣ не имѣетъ мѣста; если же трансмитентъ былъ сонаслѣдникомъ, то имѣетъ мѣсто приращеніе, каковые выводы равно вытекаютъ изъ

---

[31] См. Zachariae-Dreyer § 611, пр. 3; Baudry-Lacantinerie III, № 156.
[32] Art. 744 C. c.

Art. 786 C. c. La part du renonçant accroit à ses cohéritiers; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent.

Также долженъ имѣть примѣненіе и art. 788 C. c. въ силу котораго кредиторы отрекшагося наслѣдника могутъ принять наслѣдство за счетъ и вмѣсто наслѣдника въ размѣрѣ ихъ требованій противъ него. Въ нашемъ случаѣ кредиторы трансмитента сохраняютъ это право и по отношенію къ трансмиссару, т.-е. будутъ имѣть возможность осуществить предоставленное имъ на основаніи art. 788 право такъ, какъ если бы трансмитентъ самъ отказался.

Во французскомъ правѣ, какъ и въ римскомъ, наслѣдникъ не можетъ принять наслѣдства или отречься отъ него подъ условіемъ или на срокъ, также не можетъ принять лишь часть того, что ему приходится, а отъ остальной отказаться; art. 774 указываетъ [33], какъ можетъ быть принято наслѣдство, и единственная модификація въ принятіи, разрѣшаемая Code civil, это—оговорка, что наслѣдство принимается sous bénéfice d'inventaire. Изъ того принципа, что нельзя принять часть наслѣдства и отъ части отказаться, получается прямой выводъ, что если у трансмитента нѣсколько трансмиссаровъ, при чемъ, напримѣръ, одни изъ нихъ отказались отъ наслѣдства, другіе приняли sous bénéfice d'inventaire, третьи же приняли purement et simplement, то наслѣдство, согласно art. 786, должно отойти цѣликомъ къ тѣмъ трансмиссарамъ, которые приняли наслѣдство. Однако, французское право иначе рѣшаетъ случай, когда трансмиссары расходятся между собою относительно вопроса, принять имъ или не принять наслѣдство, доставшееся ихъ трансмитенту. Code civil постановляетъ въ этомъ случаѣ, что

---

[33] Приведена выше въ примѣч. 18 этой же главы.

наслѣдство, доставшееся трансмитенту всѣ трансмиссары должны принять sous bénéfice d'inventaire. Такъ гласитъ

> **Art. 782.** Si ses héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession, elle doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Эта статья, нѣсколько неожиданная въ Code civil, проникнута тѣмъ представленіемъ, что право выбора принадлежитъ не каждому изъ трансмиссаровъ, а всѣмъ вмѣстѣ, а отсюда ограниченіе права выбора: создается случай, когда наслѣдникъ по французскому праву лишается faculté d'accepter ou de répudier une succession. Между тѣмъ вышеприведенный art. 782 ничѣмъ рѣшительно не вызывается — ни практическими соображеніями, ни теоретическими. Что касается первыхъ, то отъ этой статьи не выигрываютъ ни, конечно, наслѣдники, ни кредиторы наслѣдодателя. Равно эта статья не вытекаетъ изъ принципа недѣлимости наслѣдства или той доли его, которая приходится наслѣднику. Принципъ означенной недѣлимости заключается не въ томъ, чтобы всѣ приняли или всѣ отказались, а въ томъ, чтобы наслѣдство было цѣликомъ принято тѣми, кто принялъ его, а этому требованію, очевидно, вовсе не мѣшаетъ то обстоятельство, что одни изъ трансмиссаровъ осуществятъ свое право выбора такъ, а другіе иначе. Если трансмитентъ не можетъ отъ одной части отказаться, то въ случаѣ когда у него, напримѣръ, четыре трансмиссара, изъ которыхъ два отказались бы, наслѣдство могло быть принято цѣликомъ неотрекшимися отъ него такъ, какъ будто у трансмитента было не четыре трансмиссара, а лишь два: въ самомъ дѣлѣ, требованіе, чтобы трансмиссары приняли все или отказались отъ всего, будетъ соблюдено и въ лицѣ тѣхъ изъ трансмиссаровъ, которые предпочли принятіе отреченію.

Въ заключеніе нашего краткаго очерка о трансмиссіи во французскомъ правѣ намъ остается сказать нѣсколько словъ объ отношеніи по этому праву трансмиссіи къ субституціи. Въ силу art. 898 [34] завѣщатель можетъ сдѣлать назначеніе наслѣдника также и на случай, если другое имъ назначенное лицо не будетъ наслѣдникомъ, потому ли что оно, напримѣръ, умретъ до наслѣдодателя или отречется отъ наслѣдства. Такое назначеніе, извѣстное въ римскомъ правѣ подъ именемъ substitutio vulgaris, можетъ, согласно тому, что было выше сказано объ этомъ институтѣ въ римскомъ правѣ [35], встрѣтиться въ своемъ примѣненіи съ трансмиссіей лишь въ случаѣ, если поводомъ къ осуществленію субституціи является отреченіе наслѣдника, который вслѣдъ за отреченіемъ умеръ. Не можетъ быть сомнѣнія, что въ такомъ случаѣ субституція имѣетъ уступить трансмиссіи: какъ выше было сказано, отрекшійся наслѣдникъ еще не пересталъ окончательно, въ силу одного своего отреченія, быть наслѣдникомъ, и потому права, вытекающія изъ его положенія, какъ наслѣдника, переходятъ къ его собственнымъ наслѣдникамъ. Но при этомъ, конечно, завѣщатель можетъ, поскольку институтъ необходимыхъ наслѣдниковъ (la réserve) ему позволяетъ, дать преимущество субституціи передъ трансмиссіей, если условіемъ субституціи онъ выставилъ именно то, что лицо, имъ назначенное наслѣдникомъ, отречется [36].

III.

Почти сто лѣтъ спустя послѣ появленія во Франціи Code civil возникло въ Германіи,—странѣ, уже давно занимаю-

[34] Art. 898 C. c. La disposition par laquelle un tiers serait appelé a recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire, ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution, et sera valable.

[35] См. выше, стр. 171.

[36] См. выше, стр. 171 и сл.

щей первое мѣсто по научной обработкѣ гражданскаго права,— и стало дѣйствовать ея собственное гражданское уложеніе замѣнившее и пандектное право, и дѣйствовавшія до того времени въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ государствахъ, входящихъ въ составъ Германской имперіи, различныя уложенія. Наслѣдованіе по Гражданскому Уложенію Германской имперіи, въ отличіе отъ наслѣдованія по австрійскому праву, проникнуто, какъ и Code civil, въ своихъ положеніяхъ о пріобрѣтеніи наслѣдства германскими принципами. Впрочемъ, первый же параграфъ книги пятой, содержащей нормы наслѣдственнаго права, заключаетъ въ себѣ римскій принципъ, воспринятый также и французскимъ правомъ: наслѣдникъ является successor universalis, наслѣдство умершаго переходитъ, какъ цѣлое, къ наслѣдникамъ. Но въ томъ же параграфѣ получилъ свое выраженіе и германскій принципъ, въ силу котораго лица, имѣющія наслѣдовать кому-либо на основаніи ли закона, или завѣщанія, или, наконецъ, завѣщательнаго договора, дѣлаются наслѣдниками умершаго въ моментъ его смерти и, слѣдовательно, пріобрѣтаютъ наслѣдство безъ всякаго утвержденія въ правахъ наслѣдства, безъ акта принятія и даже не зная о своемъ пріобрѣтеніи. Такъ гласитъ:

> **§ 1922 B. G. B.** (первый абзацъ). Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

Становясь субъектами наслѣдственнаго имущества, наслѣдники вмѣстѣ съ тѣмъ, согласно другому германскому принципу, воспринятому уложеніемъ, nul n'est héritier qui ne veut, получаютъ право отречься отъ наслѣдства:

> **§ 1942 B. G. B.** (первый абзацъ). Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen (Anfall der Erbschaft).

Концепція этого начала въ германскомъ правѣ отличается отъ концепціи того же начала въ Code civil именно своей простотою: германское уложеніе не говоритъ о faculté d'accepter ou de répudier une succession, а лишь о правѣ отреченія, которое наслѣдникъ получаетъ вмѣстѣ съ наслѣдствомъ. Осуществленіе этого права 1) предполагаетъ со стороны наслѣдника непремѣнно актъ отреченія, совершенный въ опредѣленной закономъ формѣ: отреченіе должно состояться въ засвидѣтельствованномъ установленнымъ порядкомъ заявленіи въ компетентный судъ [37]; 2) ограничено срокомъ: отречься отъ наслѣдства наслѣдникъ можетъ въ теченіе лишь шести недѣль съ того момента, когда онъ узналъ о пріобрѣтеніи имъ наслѣдства и объ основаніи этого пріобрѣтенія [38]. Если наслѣдникъ не совершитъ акта отреченія въ опредѣленный закономъ срокъ и въ опредѣленной закономъ формѣ, то онъ лишается права отречься и остается безповоротно наслѣдникомъ [39]. Какъ suus heres, такъ и наслѣдникъ по Гражданскому Уложенію Германской имперіи не можетъ отречься отъ наслѣдства ни подъ условіемъ, ни съ установленіемъ срока; равно не можетъ онъ отречься отъ наслѣдства, ограничиваясь какой-либо частью его; отреченіе во всѣхъ этихъ случаяхъ будетъ недѣйствительнымъ [40]. При наличности у наслѣдодателя нѣсколькихъ наслѣдниковъ, каждый изъ сонаслѣдниковъ, отрекаясь отъ своей доли, вмѣстѣ съ тѣмъ отрекается отъ всѣхъ долей, которыя онъ пріобрѣлъ бы, хотя и позже, на томъ же основаніи, что и первую [41]. Наслѣдникъ,

---

[37] § 1945 B. G. B.

[38] Теченіе означеннаго срока не начинается для наслѣдника ранѣе объявленія воли умершаго, коей наслѣдникъ сдѣланъ таковымъ. Шестинедѣльный срокъ превращается въ шестимѣсячный, если умершій имѣлъ свое мѣстожительство за границей, или если наслѣдникъ при началѣ теченія срока находился за границей, § 1944 B. G. B.

[39] § 1943 B. G. B.

[40] § 1950 B. G. B.

[41] § 1951, абз. 2, B. G. B.

отрекшійся отъ наслѣдства, считается, какъ будто онъ никогда не былъ наслѣдникомъ, и, такимъ образомъ, наслѣдство пріобрѣтается тѣмъ, кто долженъ былъ сдѣлаться наслѣдникомъ, если бъ отрекшійся не пережилъ наслѣдодателя. Отсюда, если у наслѣдодателя былъ, напримѣръ, лишь одинъ сынъ, который отрекся отъ наслѣдованія, то мѣсто его заступаютъ дѣти отрекшагося и, вообще, нисходящіе по началу поколѣннаго наслѣдованія [42]; за отсутствіемъ таковыхъ законными наслѣдниками будутъ лица слѣдующей очереди; если у наслѣдодателя было нѣсколько законныхъ наслѣдниковъ и одинъ изъ нихъ отрекся, не имѣя нисходящихъ, то доли прочихъ сонаслѣдниковъ соотвѣтственно увеличатся [43], такъ какъ родственникъ не призывается къ наслѣдованію, пока есть родственникъ предыдущей очереди [44]. Въ случаѣ наслѣдованія по завѣщанію, отреченіе назначеннаго наслѣдника имѣетъ своимъ слѣдствіемъ, смотря по обстоятельствамъ, наслѣдованіе на основаніи субституціи, наслѣдованіе по закону, право приращенія [45].

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich говоритъ также о принятіи наслѣдства (die Annahme der Erbschaft), но принятіе отнюдь не имѣетъ значенія пріобрѣтенія, а является лишь моментомъ, когда наслѣдникъ теряетъ право отреченія, что бываетъ, когда наслѣдникъ или спеціально выразитъ волю остаться наслѣдникомъ, или себя поведетъ, какъ принявшій наслѣдство, или, наконецъ, пропуститъ срокъ, закономъ положенный для отреченія: mit dem Ablaufe der Frist, говоритъ § 1943 B. G. B. gilt die Erbschaft als angenommen. Правда, § 1958 B. G. B. говоритъ, что до принятія наслѣдства притязанія къ наслѣдству не мо-

---

[42] § 1924 B. G. B.
[43] § 1935, нач. B. G. B.
[44] § 1930 B. G. B.
[45] §§ 2094, 2096, 2099, 2069, B. G. B.

гутъ быть предъявлены судебнымъ порядкомъ противъ наслѣдника.

Vor der Annahme dez Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden.

Но это положеніе вовсе не вытекаетъ изъ того представленія, что наслѣдство до принятія не входитъ въ составъ имущества наслѣдника. Что притязанія къ наслѣдству предъявляются судебнымъ порядкомъ, вообще, не ранѣе шести недѣль, когда право отречься у наслѣдника прекращается, или, во всякомъ случаѣ, не ранѣе принятія, если оно имѣло мѣсто до истеченія этого срока, объясняется лишь заботой законодателя дать наслѣднику время сообразиться, остаться ли ему наслѣдникомъ, или вновь юридически выдѣлить наслѣдство изъ своего имущества, перестать быть наслѣдникомъ. Какъ принятіе наслѣдства, такъ и отреченіе отъ него являются актами наслѣдника. Гражданское Уложеніе Германской имперіи такъ и разсматриваетъ эти акты, какъ вытекающіе изъ положенія именно наслѣдника; это видно уже изъ того, что положеніе о принятіи наслѣдства и отреченіи отъ него помѣщены въ раздѣлѣ книги пятой уложенія, имѣющемъ своимъ содержаніемъ юридическое положеніе наслѣдника. Германскому уложенію неизвѣстна hereditas jacens, такъ какъ наслѣдство ни минуты не остается безъ наслѣдника; если наслѣдникъ откажется, то онъ, какъ мы выше видѣли, считается никогда небывшимъ имъ, и, слѣдовательно, тотъ, кто будетъ вмѣсто него наслѣдникомъ, считается таковымъ съ момента смерти наслѣдодателя [46], при чемъ за отсутствіемъ родственниковъ, супруги наслѣдодателя, лицъ, назначенныхъ въ наслѣдники волею завѣщателя, могущихъ и пожелавшихъ быть

[46] Или, точнѣе выражаясь, съ того момента, въ который отрекшійся сдѣлался было наслѣдникомъ.

наслѣдниками, наслѣдникомъ будетъ казна [47], которая уже не имѣетъ въ такомъ случаѣ права отреченія отъ наслѣдства [48]. Такимъ образомъ, Гражданскому Уложенію Германской имперіи равно неизвѣстно понятіе bona vacantia, erblose Erbschaft, succession en deshérence [49]. Изъ всего здѣсь сказаннаго о пріобрѣтеніи, принятіи и отреченіи вытекаетъ, что по отношенію къ германскому гражданскому уложенію можетъ быть рѣчь только о той трансмиссіи, которая, какъ transmissio ex jure suitatis и трансмиссія по Code civil, является преемствомъ въ положеніи наслѣдника, имѣющаго право отречься отъ наслѣдства. И дѣйствительно, германскій принципъ nul n'est héritier qui ne veut сохраненъ въ германскомъ уложеніи и для наслѣдниковъ наслѣдника въ томъ отношеніи, что право отреченія отъ наслѣдованія переходитъ по наслѣдству. Но при этомъ предполагается, конечно, что наслѣдникъ сохранилъ право отреченія до своей смерти, слѣдовательно, не совершивъ акта принятія, умеръ до истеченія срока на отреченіе, каковой срокъ уже въ этомъ случаѣ не кончается до истеченія срока, установленнаго для отреченія отъ наслѣдства самого наслѣдника.

Трансмиссія установлена въ

> § **1952 B. G. B.** Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich.
>
> Stirbt der Erbe vor dem Ablaufe der Auschlagungsfrist, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Auschlagungsfrist.

---

[47] § 1936 B. G. B.

[48] § 1942, 2-й абз. B. G. B.

[49] Согласно со сказаннымъ въ текстѣ, думается намъ, не правы тѣ, которые (наприм. Ritgen въ Planck, предвар. замѣч. къ тит. I, разр. II, кн. V, II. 3) разсматриваютъ положеніе, въ силу котораго наслѣдство пріобрѣтается ipso jure, лишь какъ формальное, „ein blos formaler Grundsatz". Ср. Mot. V, 685. См. однако Windscheid—Kipp. стр. 436. 1.

Von mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbtheil entsprechenden Theil der Erbschaft ausschlagen.

Въ приведенномъ параграфѣ, именно во второмъ абзацѣ, указанъ лишь самый раннiй предѣлъ срока прекращенiя права отреченiя; равно въ этомъ абзацѣ имѣется въ виду лишь случай, когда наслѣдникъ умеръ во время теченiя срока. Такимъ образомъ здѣсь нѣтъ рѣчи о томъ случаѣ, когда наслѣдникъ умеръ, не зная о своемъ прiобрѣтенiи наслѣдства или объ основанiи своего прiобрѣтенiя, слѣдовательно, умеръ до начала теченiя срока. Въ виду этого утверждаютъ, на основанiи § 1944, 2-го абз. B. G. B. [50], что теченiе срока обусловлено знанiемъ трансмиссара о выпавшемъ трансмитенту наслѣдствѣ и объ основанiи его прiобрѣтенiя; напротивъ, истеченiе срока не обусловливается означеннымъ знанiемъ трансмиссара, если теченiе срока началось еще при жизни наслѣдника, этотъ срокъ только удлиняется и кончается, какъ было выше сказано, вмѣстѣ со срокомъ отреченiя отъ наслѣдства, оставшагося послѣ самого наслѣдника [51].

Итакъ, со смертью наслѣдника, сохранившаго право отречься отъ выпавшаго ему наслѣдства, послѣднее не остается окончательно въ его имуществѣ. Противоположный результатъ получится лишь въ томъ случаѣ, если наслѣдники трансмитента почему-либо не воспользуются правомъ отреченiя отъ даннаго наслѣдства, которое перешло къ нимъ отъ трансмитента.

---

[50] „Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntniss erlangt. Ist der Erbe durch Verfügung von Todeswegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung.

[51] Windscheid—Kipp, стр. 437 и сл.; Planck V. къ § 1952. 2; Strohal, Erbr. § 61. IV, въ концѣ (стр. 302) и прим. 15 и 16, тамъ же.

Такъ какъ съ фактомъ принятія трансмиссарами наслѣдства, выпавшаго ихъ наслѣдодателю, уяснится, что это наслѣдство, прежде всего, является, и уже безповоротно, составною частью наслѣдственнаго имущества трансмитента, то тѣмъ самымъ опредѣлится соотношеніе кредиторовъ ко всѣмъ тремъ имуществамъ (перваго наслѣдодателя, трансмитента и трансмиссара), сосредоточеннымъ у трансмиссара. Само собой разумѣется, что преимущественное удовлетвореніе изъ наслѣдства перваго наслѣдодателя принадлежитъ его кредиторамъ, но послѣ нихъ такимъ же преимуществомъ надъ кредиторами трансмиссара пользуются кредиторы трансмитента, и притомъ въ предѣлахъ не только имущества трансмитента, но и имущества наслѣдодателя, поскольку изъ этого имущества сохранилось что-либо послѣ удовлетворенія кредиторовъ наслѣдодателя [52].

Съ другой стороны, что касается отвѣтственности трансмиссара за долги перваго наслѣдодателя, то трансмиссаръ, принявъ съ неограниченною отвѣтственностью оставшееся послѣ него наслѣдство, отвѣчаетъ прежде всего имуществомъ трансмитента. Эта же отвѣтственность будетъ простираться на имущество самого трансмиссара, если онъ принялъ и наслѣдство трансмитента съ неограниченной отвѣтственностью.

Съ отреченіемъ трансмиссара отъ наслѣдства перваго наслѣдодателя, это наслѣдство выдѣляется изъ наслѣдства, которое трансмиссаръ получилъ послѣ трансмитента, и дѣло обстоитъ такъ, какъ будто самъ трансмитентъ отказался отъ наслѣдства перваго наслѣдодателя, слѣдовательно, согласно § 1953, абз. 1 B. G. B., какъ будто трансмитентъ никогда не былъ наслѣдникомъ. Въ связи съ этимъ, согласно 2-му абзацу того же параграфа, наслѣдство, отъ котораго какъ бы трансмитентъ отказался чрезъ трансмиссара, перейдетъ къ

---

[52] Ср. Planck § 1952. 3.

тѣмъ, которые должны были бы его получить, если бы трансмитента не было въ живыхъ при смерти перваго наслѣдодателя, т.-е., смотря по обстоятельствамъ, къ сонаслѣдникамъ трансмитента, къ наслѣдникамъ слѣдующей очереди и т. д.

Въ случаѣ, если у трансмитента окажется нѣсколько наслѣдниковъ, осуществленіе права отреченія, которое онъ имѣлъ, будетъ принадлежать всѣмъ трансмиссарамъ, при чемъ каждому изъ нихъ предстоитъ выборъ, независимо отъ выбора прочихъ сотрансмиссаровъ, осуществить или не осуществить это право. Это-то именно и разумѣетъ § 1952 въ своемъ третьемъ абзацѣ, говоря, что

> Von mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbtheil entsprechenden Theil der Erbschaft ausschlagen.

Итакъ, если у трансмитента было нѣсколько наслѣдниковъ, изъ которыхъ одни приняли наслѣдство, выпавшее ихъ наслѣдодателю, въ той долѣ, которая имъ приходилась, а другіе отказались отъ нея, то дѣло обстоитъ такъ, какъ будто бы у перваго наслѣдодателя былъ не одинъ наслѣдникъ въ лицѣ трансмитента, а нѣсколько, наслѣдовавшихъ въ томъ, въ чемъ наслѣдовалъ трансмитентъ [53]. Такимъ образомъ, отреченіе со стороны одного изъ сотрансмиссаровъ не будетъ отреченіемъ одного изъ наслѣдниковъ трансмитента, а отреченіемъ одного изъ наслѣдниковъ перваго наслѣдодателя, которые наслѣдовали бы ему сообща въ той долѣ, въ какой наслѣдовалъ трансмитентъ. Это значитъ, что въ этомъ случаѣ имѣютъ наступить тѣ же послѣдствія, какія наступили бы, если бы одинъ изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ наслѣдодателя трансмитента отказался отъ своей доли. Такъ, если трансмитентъ былъ единственнымъ наслѣдникомъ по завѣ-

---

[53] Ср. § 2094, 1-й абз. въ концѣ, B. G. B.

щанію во всемъ имуществѣ, то наслѣдники его, становясь въ качествѣ трансмиссаровъ въ его положеніе, являются какъ бы наслѣдниками по завѣщанію самого наслѣдодателя, и при отреченіи нѣкоторыхъ изъ нихъ будетъ имѣть мѣсто приращеніе въ пользу долей прочихъ, не отрекшихся трансмиссаровъ [54]. Равно будетъ имѣть мѣсто приращеніе, если трансмитентъ былъ назначенъ хотя единственнымъ наслѣдникомъ въ завѣщаніи, но былъ завѣщателемъ ограниченъ какою-либо долей наслѣдства [55]. При такомъ назначеніи наслѣдника остальное имущество по германскому гражданскому уложенію имѣетъ отойти къ наслѣдникамъ по закону [56]. Трансмиссары означеннаго наслѣдника по завѣщанію будутъ какъ бы наслѣдниками по завѣщанію самого наслѣдодателя, назначенными въ общей долѣ, не исчерпывающей всего наслѣдства, слѣдовательно, согласно § 2094 B. G. B., при отреченіи одного изъ этихъ сонаслѣдниковъ по завѣщанію, часть его прирастетъ къ частямъ прочихъ сотрансмиссаровъ.

Если же въ этомъ случаѣ трансмитентомъ будетъ наслѣдникъ не по завѣщанію, а по закону, то его наслѣдники въ качествѣ трансмиссаровъ будутъ наслѣдниками наслѣдодателя, занимающими положеніе и очередь трансмитента, и съ отреченіемъ одного изъ нихъ или нѣкоторыхъ изъ нихъ соотвѣтственно увеличатся доли прочихъ, но не призовется къ наслѣдованію въ этой долѣ тотъ, кто былъ бы наслѣдникомъ, если бы трансмитентъ не пережилъ наслѣдодателя, такъ какъ, пока есть ближайшіе родственники, родственники послѣдующей очереди, не призываются [57]. Такое же увеличеніе долей, а не призваніе родственника

---

[54] Ср. § 2094 B. G. B.
[55] Ср. § 2094, 2-й абз. B. G. B.
[56] § 2088 B. G. B.
[57] § 1930 B. G. B.

слѣдующей очереди будетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ если трансмитентъ былъ наслѣдникомъ по закону, и притомъ единственнымъ, во всемъ имуществѣ наслѣдодателя и оставилъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, изъ которыхъ лишь нѣкоторые воспользовались правомъ отреченія.

Итакъ, если одинъ изъ трансмиссаровъ отречется отъ своей доли, то имѣетъ мѣсто въ случаѣ наслѣдованія по закону увеличеніе долей прочихъ сотрансмиссаровъ, въ случаѣ наслѣдованія по завѣщанію—приращеніе; но доля отказавшагося отнюдь не отходитъ къ тому лицу, которое было бы наслѣдникомъ, если бы трансмитентъ не пережилъ наслѣдодателя.

Это положеніе прямо не выражено въ германскомъ уложеніи, но оно на нашъ взглядъ, согласно вышесказанному, вытекаетъ изъ понятія трансмиссіи и изъ точнаго смысла § 1952, 1-го и 3-го абзацовъ § 1953, 1 и 2-го абз. B. G. B. въ соединеніи съ § 1930 B. G. B., хотя противоположное мнѣніе, именно, что доля отрекшагося сотрансмиссара отходитъ къ тому, кто былъ бы наслѣдникомъ наслѣдодателя, если бы трансмитентъ не пережилъ послѣдняго,—имѣетъ, повидимому, болѣе сторонниковъ.

Въ обоснованіе послѣдняго мнѣнія приводятся слѣдующія соображенія [58]. Съ принятіемъ трансмиссарами того наслѣдства, отъ котораго имѣлъ право отречься трансмитентъ, или съ отреченіемъ ихъ отъ этого наслѣдства окончательно опредѣляется, что наслѣдникъ принялъ выпавшее ему наслѣдство или отрекся отъ него; съ другой стороны, каждый изъ нѣсколькихъ трансмиссаровъ можетъ отречься отъ причитающейся ему доли наслѣдства, выпавшаго его трансмитенту. Если, далѣе, одинъ изъ трансмиссаровъ отречется отъ причитающейся ему доли, то значитъ, что трансмитентъ от-

[58] Planck § 1952. 4.

рекся отъ этой доли, и, стало-быть, эта доля имѣетъ перейти къ другимъ лицамъ. Отсюда вытекаетъ та аномалія, которую, впрочемъ, Ritgen [59] называетъ лишь Besonderheit, что наслѣдникъ въ лицѣ своихъ наслѣдниковъ, въ противность § 1950 B. G. B., можетъ отречься отъ наслѣдства или принять его, ограничиваясь той или другой частью его, и что принятіе части или отреченіе отъ части будетъ дѣйствительно, а изъ такого слѣдствія получается и другое: что доля отрекшагося сотрансмиссара переходитъ къ тому, кто былъ бы наслѣдникомъ, если бы трансмитентъ не пережилъ наслѣдодателя, — слѣдствіе уже потому также не нормальное, что, какъ признаетъ самъ Ritgen, въ этомъ случаѣ принявшіе трансмиссары имѣютъ сонаслѣдниками лицъ, вовсе не являющихся наслѣдниками трансмитента.

Однако означенные выводы вовсе не вытекаютъ изъ какихъ-либо положеній германскаго уложенія и основываются, на нашъ взглядъ, лишь на недоразумѣніи относительно значенія третьяго абзаца § 1952 B. G. B. Нѣтъ рѣшительно никакой необходимости толковать этотъ абзацъ въ смыслѣ, несогласномъ съ § 1935 (первая половина), въ связи съ § 1953, 1-мъ и 2-мъ абзацами B. G. B. Германское уложеніе не имѣетъ въ виду создать въ третьемъ абзацѣ § 1952, на случай осуществленія наслѣдникомъ своего права отреченія въ лицѣ своихъ наслѣдниковъ, исключенія изъ того правила, что нельзя отречься отъ части того, что приходится по наслѣдству; въ третьемъ абзацѣ лишь установленъ для трансмиссаровъ принципъ той же свободы рѣшенія, какую имѣютъ наслѣдники и въ которой, какъ мы видѣли, отказываетъ Code civil [60]: этотъ абзацъ лишь утверждаетъ, что трансмиссары не обязаны всѣ вмѣстѣ отказаться отъ наслѣдства или

---

[59] Авторъ V тома изданія Planck, см. предисловія къ этому тому.
[60] См. выше стран. 227.

принять его, и что въ качествѣ наслѣдниковъ наслѣдодателя трансмитента на основаніи трансмиссіи и, слѣдовательно, занимая положеніе и очередь трансмитента, каждый изъ нихъ можетъ за себя принять или отречься точно такъ же и съ тѣми же послѣдствіями, какъ если бы у наслѣдодателя былъ не одинъ наслѣдникъ-трансмитентъ, а нѣсколько наслѣдниковъ, изъ которыхъ одни приняли бы наслѣдство, другіе отреклись бы отъ него.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

ПРЕЕМСТВО ВЪ ПРАВѢ НАСЛѢДОВАНІЯ ПО РУССКОМУ ПРАВУ.

Основанія допущенія трансмиссіи въ нашемъ правѣ.—Преемство въ правѣ отреченія или преемство въ призваніи? Глава „Объ открытіи и принятіи наслѣдства, и отреченіи отъ онаго“ въ X томѣ. Ст. 1254 т. X, ч. I. Ст. 215 У. Гр. Судопр. Послѣдствія неосуществленія права отреченія.—Ограниченіе трансмиссіи.

Нашъ законъ ничего не говоритъ о трансмиссіи, при чемъ, однако, отсутствіе какихъ-либо узаконеній относительно трансмиссіи слѣдуетъ разсматривать лишь какъ одинъ изъ пробѣловъ, коими страдаетъ I ч. X т. Свода Законовъ. Къ такому заключенію приводитъ насъ

ст. 1255 т. X., ч. I: „Наслѣдники властны принять наслѣдство или отречься отъ него“.

Слѣдовательно, въ силу этой статьи съ открытіемъ наслѣдства возникаетъ для лицъ, имѣющихъ наслѣдовать, именно то самое положеніе, которое является исключительнымъ предметомъ трансмиссіи. Но, съ другой стороны, если это положеніе является исключительнымъ предметомъ трансмиссіи, оно не есть, какъ видно изъ исторіи института трансмиссіи въ римскомъ правѣ, непремѣнно предметъ трансмиссіи. Иначе говоря, власть, о которой говоритъ ст. 1255, можетъ, въ зависимости отъ существующихъ правилъ даннаго законодательства, или переходить по наслѣдству (что является признаніемъ даннымъ законодательствомъ трансмиссіи), или считаться не наслѣдственной (что будетъ отрицаніемъ трансмиссіи).

Итакъ, на вопросъ, который порождается ст. 1255, переходитъ ли по наслѣдству власть принять наслѣдство или отречься отъ онаго, нашъ законъ въ своихъ положеніяхъ прямого отвѣта не даетъ. Но слѣдуетъ ли на этомъ основаніи утверждать, что нашъ законъ не признаетъ трансмиссіи?

Если, дѣйствительно, въ русскомъ правѣ не существуетъ трансмиссіи, то въ случаѣ, когда лицо еще властное „принять наслѣдство или отречься отъ онаго", умретъ, приходится признать одно изъ двухъ: или что наслѣдники дѣлаются также наслѣдниками того наслѣдства, которое наслѣдодатель за смертію не успѣлъ ни принять, ни отклонить отъ себя, и притомъ дѣлаются наслѣдниками безъ права отказаться отъ этого наслѣдства, или это наслѣдство ни въ коемъ случаѣ не достанется имъ, какъ его наслѣдникамъ, и обратится къ тѣмъ, которые были бы наслѣдниками, если бы лицо, имѣвшее право принять наслѣдство и отречься отъ него и умершее до осуществленія сего права, не существовало въ моментъ открытія наслѣдства.

Однако не трудно убѣдиться, что ни то, ни другое предположеніе не можетъ имѣть мѣста по отношенію къ нашему праву. Такъ, первому предположенію (что наслѣдство, открывшееся лицу, не успѣвшему ни принять его, ни отречься отъ него, пріобрѣтается его наслѣдниками помимо ихъ воли и даже противъ ихъ воли) нѣтъ мѣста по отношенію къ нашему праву уже по тѣмъ же самымъ основаніямъ, по которымъ наше право, не въ примѣръ другимъ, ни въ коемъ случаѣ не можетъ обойтись безъ статьи 1255 т. X., ч. I. Этою статьею, какъ признано всѣми нашими цивилистами, нашъ законъ принципіально ставитъ пріобрѣтеніе наслѣдства въ зависимость отъ воли наслѣдника. Этотъ принципъ существуетъ, конечно, не только въ нашемъ правѣ, но и въ римскомъ (даже для heredes sui), австрійскомъ, французскомъ, германскомъ и др. правахъ. Но между тѣмъ какъ, напри-

мѣръ, во французскомъ правѣ не только мыслимы, но и существуютъ случаи обязательнаго принятія наслѣдства[1], нашъ законъ, благодаря отсутствію въ немъ института beneficium inventarii и признанію имъ неограниченной отвѣтственности наслѣдника за долги наслѣдодателя, не имѣетъ другого исхода, какъ признать принципъ самоопредѣленія въ вопросѣ принятія или непринятія наслѣдства. Но очевидно, далѣе, что требованія справедливости и цѣлесообразности, дѣлающія не только возможнымъ, но и необходимымъ въ нашемъ правѣ принципъ самоопредѣленія для лица, которому открылось наслѣдство, дѣлаютъ его равно необходимымъ и для наслѣдниковъ этого лица, если допустить что наслѣдство которое это послѣднее не успѣло за смертію ни принять, ни отвергнуть, обращается къ нимъ. Трудно себѣ представить какія-либо соображенія или общаго характера, или изъ какихъ-либо статей нашего Свода вытекающія, которыя оправдывали бы различіе въ этомъ вопросѣ между лицомъ которому открылось наслѣдство и его наслѣдниками.

Не столь, правда, невѣроятнымъ является второе предположеніе, что право лица на открывшееся ему наслѣдство уничтожается со смертью этого лица и, слѣдовательно, не переходитъ къ наслѣдникамъ послѣдняго. Тѣмъ не менѣе и это предположеніе настолько не вяжется ни съ духомъ, ни съ историческими данными нашего права, что въ нашей цивилистической литературѣ и въ объясненіяхъ Сената не разъ высказывался крайній взглядъ, что въ вопросѣ о пріобрѣтеніи наслѣдства наше право держится будто бы того начала, въ силу котораго наслѣдники становятся субъектами имущества наслѣдодателя „причиною смерти“ послѣдняго. По

ст. 1254 т. X., ч. I: „Право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца“.

[1] См. art 782 C. c.

Спрашивается, прекращается или нѣтъ это право со смертью лица, его имѣвшаго, но неуспѣвшаго воспользоваться властью, предоставленной ему ст. 1255 т. X., ч. I?

О томъ, чтобы это право исчезало со смертью лица, его имѣвшаго, мы не имѣемъ рѣшительно никакихъ опредѣленій въ нашемъ законѣ. Что касается косвенныхъ указаній, которыхъ въ нашемъ законѣ равно нѣтъ, то къ нимъ не можетъ быть отнесено то обстоятельсто, что X томъ также не говоритъ прямо о томъ, чтобы это право переходило по наслѣдству: возможность толковать молчаніе закона въ данномъ случаѣ въ смыслѣ вышеозначеннаго второго предположенія устраняется наличностью хотя и косвеннаго, но положительнаго указанія, которое содержится въ одной ссылкѣ къ ст. 1255.

Ст. 1255, между прочимъ, ссылается на докладъ Сената по дѣлу Жеребятниковыхъ: нѣкто Ѳедоръ Путиловъ умеръ, не бивъ при жизни своей челомъ о справкѣ недвижимаго, которое осталось по смерти его двоюроднаго брата Ивана Жеребятникова и которое должно было ему достаться, какъ ближайшему наслѣднику, потому что Иванъ Жеребятниковъ никого болѣе близкихъ родственниковъ послѣ себя не оставилъ. Объ отдачѣ этого недвижимаго просили, съ одной стороны, ближайшій родственникъ Ѳедора Путилова, его племянникъ, Иванъ Нагаткинъ, съ другой—дальніе родственники по мужской линіи Ивана Жеребятникова.

Одно изъ основаній (пунктъ 9) мнѣнія, согласно съ которымъ состоялось Высочайшая резолюція объ отдачѣ недвижимаго Ивану Нагаткину, гласитъ:

> „Что же Ѳедоръ Путиловъ о справкѣ того недвижимаго при жизни своей не билъ челомъ, сего ему въ вину причесть не можно затѣмъ, что по новоуказнымъ 184 и 185 годовъ пунктамъ и по указу 200 года наслѣдство утверждается не по че-

лобитьямъ или полученіямъ дачъ наслѣдниками, но причиною смерти, какъ сіи законы доказываютъ тѣмъ, что новоуказными 184 и 185 годовъ пунктами повелѣвается: 1. Отдавать дочерямъ и дочернимъ дѣтямъ, которыхъ матерей было челобитье, и которыхъ не было. 2. Если послѣ умершаго останутся сынъ и дочь, то, хотя бъ за сыномъ было и не справлено, отдавать умершаго вотчины сыновней дочери, а теткѣ ея, то-есть вотчиниковой дочери, не давать потому, что когда братъ ея былъ живъ, и она при братѣ не вотчинница. 3. Указомъ 200 года, ежели вотчинниковъ сынъ умретъ прежде отца своего, а послѣ его останется дочь, да вотчинникова дочь, и сыновня сестра родная, то-есть тетка съ племянницей, такимъ вотчины давать пополамъ; а изъ сего слѣдуетъ: билъ челомъ ли кто о справкѣ и справилъ ли за собою при жизни своей, въ томъ нѣтъ никаковой надобности, но по смерти каждаго то, что ему принадлежало, хотя бы за ними и справлено не было, получаютъ ихъ прямые и ближайшіе наслѣдники [2]".

Такимъ образомъ, мы видимъ, что по праву, существовавшему еще до изданія Свода Законовъ и на которое ссылается ст. 1254, смерть лица, не успѣвшаго справить при жизни наслѣдство, не устраняетъ отъ этого наслѣдства наслѣдниковъ означеннаго лица, такъ какъ наслѣдство утвержалось „причиною смерти": наслѣдство, о справкѣ котораго Ѳедоръ Путиловъ не успѣлъ бить челомъ, досталось его ближайшему наслѣднику Ивану Нагаткину. Тѣ же послѣдствія имѣетъ смерть въ данномъ случаѣ и по дѣйствующему у насъ теперь праву: если считать, что Сводъ Законовъ отмѣнилъ прежніе

[2] П. С. З., т. XIX, изд. 1830. 1770 марта 15. № 13428. п. 9, стр. 28.

законы во всей ихъ совокупности, что Полное Собраніе Законовъ само по себѣ никакой юридической силы не имѣетъ, то тѣмъ не менѣе трудно отрицать значеніе вышеприведеннаго доклада, именно въ виду ссылки на него статьи нашего дѣйствующаго закона, въ которомъ, повторяемъ мы, нѣтъ ничего, что бы противорѣчило выводу, къ которому приходитъ этотъ докладъ.

Итакъ, если вышеозначенныя оба предположенія, какъ мы хотѣли выяснить путемъ только что изложенныхъ соображеній, не могутъ имѣть мѣста по отношенію къ нашему праву, то остается признать существованіе трансмиссіи въ русскомъ правѣ, то-есть, признать, что въ случаѣ если лицо, коему открылось наслѣдство, умретъ прежде, чѣмъ успѣетъ осуществить свое право принять наслѣдство или отречься отъ него, то осуществленіе этого права предоставляется его наслѣдникамъ.

Но тутъ возникаетъ новый вопросъ: съ какимъ видомъ трансмиссіи мы имѣемъ дѣло въ русскомъ правѣ? Предметъ трансмиссіи въ русскомъ правѣ, власть принять наслѣдство или отречься отъ онаго, означенная въ ст. 1255, есть ли власть пріобрѣсти наслѣдство или отклонить пріобрѣтеніе таковаго, или же власть согласиться на уже состоявшееся въ силу открытія наслѣдства пріобрѣтеніе его или отмѣнить состоявшееся пріобрѣтеніе? Этотъ вопросъ сводится къ тому, какого начала держится русское право относительно пріобрѣтенія наслѣдства: начала пріобрѣтенія наслѣдства лишь актомъ воли призваннаго, или начала пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure. По мнѣнію однихъ, какъ было выше указано, моментомъ пріобрѣтенія является моментъ открытія, т.-е. наслѣдникъ вступаетъ во всѣ юридическія отношенія умершаго въ моментъ открытія, актъ же принятія наслѣдникомъ наслѣдства есть тотъ моментъ, когда пріобрѣтеніе наслѣдства становится безповоротнымъ. Другіе, напротивъ, полагаютъ, что

до принятія наслѣдства нѣтъ еще пріобрѣтенія его, что открытіе наслѣдства даетъ лишь право на его пріобрѣтеніе, которое необходимо предполагаетъ со стороны наслѣдника выраженіе воли принять наслѣдство [3].

Обращаясь къ нашему X тому мы видимъ, что объ открытіи и принятіи наслѣдства и объ отреченіи отъ него говорится въ третьей главѣ второго раздѣла третьей книги части первой. Эта глава такъ и озаглавлена: „Объ открытіи и принятіи наслѣдства, и отреченіи отъ онаго". Глава третья раздѣлена на два отдѣленія. Отдѣленіе первое, озаглавленное „Объ открытіи наслѣдства", начинается со статьи (1222), объявляющей, что наслѣдство открывается смертію наслѣдодателя или лишеніемъ его всѣхъ правъ состоянія. Затѣмъ главное содержаніе этого отдѣленія заключается въ положеніяхъ о мѣрахъ охраненія оставшагося послѣ наслѣдодателя имущества и о вызовѣ наслѣдниковъ.

Открывшееся наслѣдство принимается или отъ него отрекаются. О принятіи и объ отреченіи говоритъ отдѣленіе

---

[3] См. Анненковъ, Сист. р. гр. пр., т. VI., стр. 400, и авторовъ имъ приведенныхъ, стр. 393 и сл.; Шершеневичъ, Учебн. р. гр. пр., § 65; Нечаевъ, статья „Принятіе наслѣдства" (Энцикл. слов. Брокгауза и Эфрона). Во II ч. курса гр. пр. Побѣдоносцева не вполнѣ опредѣлительно выраженъ взглядъ автора на этотъ вопросъ. Такъ, въ § 44 авторъ говоритъ: „Право наслѣдника на открывшееся наслѣдство, доколѣ оно не осуществилось, есть право личное, передаваемое лишь путемъ законнаго наслѣдованія: въ семъ отношеніи наши законы допускаютъ неограниченно такъ называемую трансмиссію". Въ этихъ словахъ, казалось бы, заключается утвержденіе, что открытіе наслѣдства не есть еще пріобрѣтеніе его, что пріобрѣтеніе имѣетъ мѣсто, когда право наслѣдника на открывшееся наслѣдство осуществилось. Между тѣмъ въ началѣ § 46 говорится: „Наслѣдники властны принять наслѣдство или отказаьтся отъ онаго (1255). И то и другое есть дѣйствіе воли—въ первомъ случаѣ положительное, въ послѣднемъ отрицательное. Но не должно думать, что на этомъ дѣйствіи воли основывается пріобрѣтеніе наслѣдства: пріобрѣтеніе его возводится къ минутѣ его открытія". Значеніе принятія наслѣдства заключается въ томъ, что этимъ актомъ „наслѣдникъ безвозвратно вступаетъ въ представительство умершаго по имуществу и теряетъ возможность отречься отъ наслѣдства".

второе той же главы. Въ качествѣ послѣдствія принятія наслѣдства во второмъ отдѣленіи подъ рубрикой „принятіе наслѣдства и послѣдствія онаго“ выставлено пріобрѣтеніе наслѣдства. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что о пріобрѣтеніи наслѣдства, помимо его принятія или до его принятія, нигдѣ нѣтъ и рѣчи въ нашихъ законахъ. Пріобрѣтеніе наслѣдства, какъ послѣдствіе его принятія, выставлено именно въ ст. 1258 и ст. 1259. Въ этихъ статьяхъ сказано, что принявшему наслѣдство принадлежитъ не только наличное имущество и капиталы, но и слѣдующіе къ полученію долги, заслуженное жалованье и пр.; вмѣстѣ съ тѣмъ къ принявшему наслѣдство переходятъ и обязанности наслѣдодателя платить его долги, выполнять обязательства по договорамъ и, вообще, отвѣтствовать въ искахъ по имуществу. Словомъ, въ ст. 1258 и ст. 1259 выставлено въ качествѣ послѣдствія принятія наслѣдства вступленіе принявшаго наслѣдства въ права и обязанности наслѣдодателя. Уже изъ одного бѣглаго обзора означенной главы, ея содержанія, расположенія ея частей получается впечатлѣніе, что X томъ въ вопросѣ наслѣдованія придерживается того начала, по которому со смертью лица или съ лишеніемъ его всѣхъ правъ состоянія лишь открывается наслѣдство послѣ него, а пріобрѣтается оно только въ моментъ принятія, слѣдовательно, власть принять наслѣдство или отречься отъ него, о которой говоритъ ст. 1255, есть власть по своему усмотрѣнію пріобрѣсти или не пріобрѣсти наслѣдство.

Заключенію, къ которому мы приходимъ, не противорѣчитъ статья 1254 т. X., ч. I. Правда, на эту статью ссылаются тѣ, которые утверждаютъ, что наслѣдникъ становится субъектомъ всѣхъ имущественныхъ правъ и обязанностей наслѣдодателя уже въ моментъ открытія наслѣдства. Однако, значеніе этой статьи, какъ аргумента въ пользу означенной теоріи, не подверждается ни тѣмъ, что въ ней указывается,

что право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца; ни тѣмъ, что въ вышеприведенномъ пунктѣ 9 доклада, на который ссылается ст. 1254, говорится именно, что наслѣдство утверждается „причиною смерти"; ни тѣмъ, наконецъ, что толкованіе ст. 1254 въ смыслѣ, благопріятномъ для теоріи пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure, согласуется съ предполагаемымъ вліяніемъ Code civil, какъ образца, на составленіе X тома.

Что касается предполагаемаго вліянія Code civil на происхожденіе ст. 1254, то таковое рѣшительно невозможно усмотрѣть. Единственная во всемъ Code civil статья, хотя бы въ нѣкоторомъ отношеніи напоминающая статью 1254, есть art. 777. Для сравненія приведемъ обѣ статьи.

Ст. 1254. X. т., ч. I. „Право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца".	**Art. 777 C. c.** L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession.

Не трудно, однако, усмотрѣть изъ сравненія обѣихъ статей, что нѣтъ никакого основанія утверждать, будто русская статья навѣяна только что приведенной французской статьей. Въ русской статьѣ говорится о правѣ на открывшееся наслѣдство, въ art. 777 — о дѣйствіи акта принятія. Но если бы даже допустить тождественность ст. 1254 съ art. 777, то этимъ немного было бы сдѣлано въ пользу разсматриваемой теоріи, такъ какъ дѣйствіе германскаго начала во французскомъ правѣ доказывается не изъ art. 777, а изъ другихъ статей, которымъ хоть сколько-нибудь соотвѣтствующихъ мы не находимъ въ нашемъ X томѣ.

Равно нельзя говорить о вліяніи и art. 724 C. c. на происхожденіе ст. 1254. Art. 724, какъ мы выше говорили, несомнѣнно доказываетъ, что во французскомъ правѣ пріобрѣтеніе наслѣдства происходитъ ipso jure. Сущность этой статьи была воспроизведена въ § 180 гл. XVI, кн. 2 проекта

уложенія Сперанскаго. „Право владѣнія на открывшееся наслѣдство“, говорится въ этомъ параграфѣ, „преимущественно принадлежитъ ближайшимъ наслѣдникамъ по закону; оно начинается съ самаго открытія наслѣдства“. Но проектъ Сперанскаго, какъ извѣстно, потерпѣлъ неудачу, которая легко объясняется тѣмъ, что проектъ былъ преисполненъ крупныхъ нововведеній, переносившихъ на русскую почву чуждые ей иноземные институты въ отмѣну существующихъ. Для опредѣленія размѣра новшествъ означеннаго проекта было поручено Розенкампфу составить сводъ дѣйствующихъ законовъ, примѣнительно къ порядку статей и содержанію проекта. При этомъ, по мысли самого же Розенкампфа, ему было также поручено „присовокупить къ сводамъ сущность сихъ собранныхъ по матеріямъ законовъ“ [4]. Было опубликовано лишь двѣ части „Систематическаго Свода существующихъ законовъ съ Основаніями Права изъ оныхъ извлеченныхъ“. Въ нихъ были размѣщены по главамъ статьи „Основаній“ въ видѣ параграфовъ. Эти статьи, имѣвшія назначеніемъ представить сущность собранныхъ въ сводѣ узаконеній, были снабжены подстатейными ссылками на самыя узаконенія, за ними слѣдовавшія. Вышеупомянутый параграфъ проекта Сперанскаго попалъ въ Основанія, но въ значительно измѣненной редакціи, мѣняющей смыслъ § 180 проекта. Именно § 116 [5]. ч. II, тома VI Систем. Св. гласитъ: „На открывшееся наслѣдство

---

[4] См. Кассо, Къ исторіи Свода Законовъ Гражданскихъ. Журн. М. Юст. Мартъ 1904 г., стр. 74 и сл.

[5] Мы приводимъ этотъ § за нумераціей Систематическаго Свода, коего полное оглавленіе таково: „Систематическій Сводъ существующихъ законовъ съ основаніями права, изъ оныхъ извлеченными. Право гражданское. Издаваемый комиссіей составленія законовъ. С.-Пб. Въ типографіи коммиссіи составленія законовъ“. Томъ VI напечатанъ въ 1823 г. Основанія были изданы также дважды отдѣльнымъ изданіемъ.

принадлежитъ наслѣдникамъ по закону право собственности съ самой смерти владѣльца". Здѣсь уже нѣтъ рѣчи о французской saisine, но здѣсь выражено тѣмъ не менѣе, что „право собственности" на наслѣдство возникаетъ въ моментъ смерти, и тѣмъ самымъ сохраненъ здѣсь принципъ пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure, проведенный въ проектѣ Сперанскаго, что отчасти доказывается изъ параграфа, непосредственно слѣдующаго за § 116: „Посему они", говоритъ § 117 Основаній, „могутъ уступить другому право ихъ на наслѣдство еще до вступленія во владѣніе онымъ, когда нѣтъ запрещенія". Наконецъ § 116 основаній, въ свою очередь, попалъ въ X томъ первоначально подъ ст. 772 (1-го изд. 1832), подъ ст. 1035 (2-го изд. 1842) и подъ ст. 1254 (въ послѣдующихъ изданіяхъ X тома), но опять-таки въ измѣненной редакціи, на этотъ разъ окончательно прекращающей всякую внутреннюю связь измѣненнаго текста съ art. C. c. Выраженіе „право собственности" въ § 116 замѣнено въ статьѣ X тома словомъ „право" безъ предиката; такимъ образомъ, въ статьѣ X тома идетъ рѣчь не о принадлежности самаго наслѣдства, которая въ § 116 основаній выражена словами, „право собственности на открывшееся наслѣдство", а лишь о правѣ на открывшееся наслѣдство, что можетъ имѣть совершенно другое значеніе, о чемъ рѣчь будетъ сейчасъ ниже. Не лишеннымъ значенія для толкованія статьи 1254 является то обстоятельство, что выше приведенный § 117 основаній вовсе не попалъ въ X томъ. Итакъ, ставить ст. 1254 въ какую-либо связь съ art 724 C. c. рѣшительно нѣтъ никакихъ основаній.

Если, далѣе, исходить изъ текста ст. 1254, то толкованіе ея въ пользу теоріи пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure въ моментъ открытія его вовсе не является единственно возможнымъ. Какъ было сейчасъ указано, статья не говоритъ, что открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ

съ самой кончины владѣльца: она говоритъ о правѣ на открывшееся наслѣдство. Если же мы будемъ читать въ связи съ ней непосредственно слѣдующую за ней статью 1255, то само собою напрашивается другое толкованіе, болѣе согласное съ общимъ смысломъ и строемъ главы третьей, къ коей принадлежатъ обѣ статьи. Однако, тутъ мы должны оговориться. Значеніе ст. 1255, какъ доказательство возможности иного толкованія ст. 1254, заключается не въ томъ, какъ думаетъ, напримѣръ, Шершеневичъ [6], что если наслѣдникъ властенъ принять наслѣдство или отречься отъ него, то это значитъ, что пріобрѣтеніе наслѣдства до его принятія не можетъ имѣть мѣста, такъ какъ нельзя принять то, что уже пріобрѣтено. Art. 774 и art. 775 C. c. также говорятъ, что наслѣдство можетъ быть принято, и что никто не принуждается принять выпавшее ему на долю наслѣдство, и тѣмъ не менѣе во французскомъ правѣ наслѣдство пріобрѣтается ipso jure въ моментъ смерти наслѣдодателя, а принятіе является лишь актомъ согласія на состоявшееся пріобрѣтеніе и вмѣстѣ съ тѣмъ актомъ отреченія отъ права отречься отъ наслѣдства [7].

Значеніе ст. 1255 заключается въ томъ, что при чтеніи ея въ связи со ст. 1254 возможно понимать ее какъ раскрытіе содержанія того права, о которомъ говоритъ ст. 1254. Обѣ статьи имѣютъ въ виду выразить слѣдующее: право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца, каковое право заключается въ томъ, что наслѣдники властны принять наслѣдство или отречься отъ онаго.

Что же касается вышеупомянутой ссылки статьи 1254 на пунктъ 9 доклада, то и она не является безусловнымъ до-

---

[6] Учебн. § 65.

[7] См. выше, стр. 219.

казательствомъ въ пользу пріобрѣтенія ipso jure, такъ какъ нѣтъ необходимости видѣть въ этомъ пунктѣ выраженіе германскаго начала. Принявъ въ соображеніе приводимые имъ второй и третій случаи новоуказанныхъ пунктовъ 184 и 185 годовъ [8], мы можемъ вывести изъ словъ: „наслѣдство утверждается не по челобитьямъ ихъ и полученіямъ дачъ наслѣдниками, но причиною смерти", лишь тотъ смыслъ, что для наслѣдованія вовсе не необходимо челобитье о справкѣ, а важно пережить наслѣдодателя. Посему если сынъ пережилъ отца (второй случай) и умретъ, не бивъ челомъ о справкѣ, то лишь дочь послѣдняго можетъ бить челомъ и утвердиться въ наслѣдствѣ, хотя отецъ ея (сынъ наслѣдодателя) не утверждался: право наслѣдованія переходитъ къ дочери (тутъ мы имѣемъ трансмиссію), если же онъ еще при отцѣ умеръ (третій случай), то ни о какомъ его правѣ наслѣдованія не можетъ быть и рѣчи (слѣдовательно, нѣтъ трансмиссіи) и наслѣдство открывается лишь тѣмъ, кто пережилъ наслѣдодателя, то-есть, внучкѣ по сыну и дочери, которыя могутъ бить челомъ о справкѣ. Итакъ, на основаніи всего изложеннаго о ст. 1254, мы приходимъ къ тому заключенію, что означенная статья никакъ не можетъ служить сколько-нибудь вѣскимъ аргументомъ въ пользу теоріи пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure.

Кромѣ общихъ соображеній, приведенныхъ выше въ пользу утвержденія, что пріобрѣтеніе наслѣдства совершается путемъ акта воли призваннаго, имѣются въ нашемъ законѣ отдѣльныя положенія, на которыя ссылаются цивилисты, утверждающіе, что для пріобрѣтенія наслѣдства необходимо его принятіе, и которыя несомнѣнно доказываютъ правильность этого утвержденія. Мы имѣемъ въ виду ст. 215 Уст. Гр. Судопр. и ст. ст. 1265 и 1246 т. X., ч. 1, на которыхъ мы остановимся. 1) Въ австрійскомъ правѣ, какъ мы видѣли [9],

[8] См. выше, стр. 245.
[9] См. выше, стр. 181.

для пріобрѣтенія наслѣдства необходимо принятіе его. До принятія наслѣдство не принадлежитъ лицу, коему оно открыто, поэтому „до принятія наслѣдникомъ“, говоритъ конецъ § 547 b. G. B., „наслѣдство разсматривается какъ будто имъ еще владѣетъ умершій“. Замѣчательно напоминаетъ эту статью (точнѣе, ея конецъ) конецъ ст. 215 нашего Уст. Гр. Судопр.:

> ...„Сему же суду предъявляются иски къ лицу умершаго собственника, буде нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе наслѣдниковъ“.

Не потому ли, что взглядъ на открытое наслѣдство въ русскомъ правѣ тотъ же, что и въ австрійскомъ? Если бъ нашъ законъ, дѣйствительно, считалъ наслѣдника вступившимъ въ права и обязательства наслѣдодателя въ моментъ смерти послѣдняго, то ему не было бы никакой нужды безпокоить мертвыхъ: онъ предписалъ бы предъявлять иски къ лицу наслѣдника и, во всякомъ случаѣ, далъ бы въ болѣе соотвѣтствующей дѣйствительности формѣ опредѣленіе о предъявленіи исковъ.

2) Въ законодательствахъ, напримѣръ, французскомъ, германскомъ, въ которыхъ пріобрѣтеніе наслѣдства совершается въ моментъ открытія его, помимо воли, хотя и не противъ воли пріобрѣтателя, наслѣдникъ, желающій отклонить отъ себя наслѣдство, долженъ не только выразить это желаніе положительнымъ актомъ, актомъ отреченія, съ соблюденіемъ извѣстныхъ формальностей, но и совершить этотъ актъ въ теченіе опредѣленнаго срока. За неосуществленіемъ права отреченія въ назначенный для того срокъ слѣдуетъ потеря этого права и окончательное закрѣпленіе наслѣдства за лицомъ лишившимся своего права отреченія. Въ нашемъ правѣ, наоборотъ, путемъ неосуществленія въ теченіе опре-

дѣленнаго срока теряется не право отреченія отъ наслѣдства, а право принятія наслѣдства:

> **Ст. 1246 т. X., ч. 1.** „Кто въ теченіе десятилѣтняго срока не явится для полученія наслѣдства, тотъ лишается онаго навсегда".

Каковое непоявленіе наслѣдниковъ считается отреченіемъ отъ наслѣдства:

> **Ст. 1265 т. X., ч. 1.** „Отреченіемъ отъ наслѣдства признается... когда отсутствующіе наслѣдники по учиненнымъ вызовамъ не явятся для принятія наслѣдства въ установленные сроки".

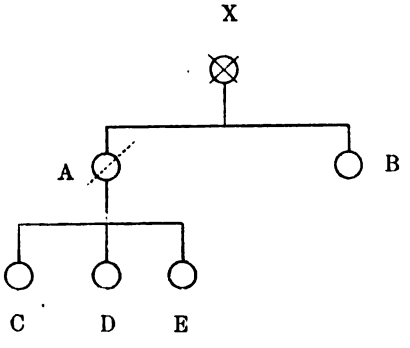
Таковы соображенія, въ силу которыхъ, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ признать въ нашемъ правѣ трансмиссію того же вида, что и въ римскомъ правѣ для heres voluntarii, въ австрійскомъ правѣ, въ правѣ нашихъ Прибалтійскихъ губерній, т.-е. преемство въ призваніи къ наслѣдованію.

За отсутствіемъ въ нашемъ законѣ какихъ-либо опредѣленій объ условіяхъ примѣненія трансмиссіи, намъ приходится въ этомъ вопросѣ допустить все, что необходимо вытекаетъ изъ понятія трансмиссіи, отбросивъ, съ одной стороны, всѣ случайныя по отношенію къ трансмиссіи положенія, которыя встрѣчаются въ другихъ законодательствахъ; съ другой стороны, вводя тѣ ограниченія въ примѣненіи трансмиссіи и въ его послѣдствіяхъ, которыя необходимо вызываются особенностями нашего права.

Итакъ, трансмиссія можетъ имѣть мѣсто лишь съ момента открытія наслѣдства, право на принятіе котораго переходитъ по наслѣдству; далѣе, наступленіе трансмиссіи предполагаетъ, что призванное лицо умерло, обладая еще правомъ принять наслѣдство или отречься отъ него. Но осуществленіе трансмиссіи не предполагаетъ, конечно, ни знанія трансмитента о томъ, что ему открыто наслѣдство, ни спе-

ціальнаго срока, въ теченіе котораго допускалась бы трансмиссія.

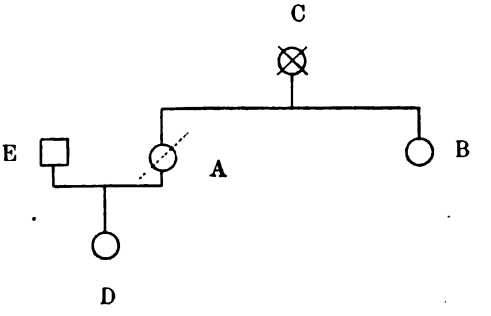
Въ вопросѣ о примѣненіи трансмиссіи остановимся на важномъ ограниченіи, которому подлежитъ допущеніе трансмиссіи въ русскомъ правѣ. Не всѣ наслѣдники трансмитента всегда бываютъ трансмиссарами. Наиболѣе простымъ въ этомъ отношеніи случаемъ будетъ наслѣдованіе въ такомъ имуществѣ, которое не можетъ превратиться въ родовое. Въ этомъ случаѣ всѣ наслѣдники трансмитента будутъ трансмиссарами. Такъ, при наслѣдованіи по закону каждый изъ наслѣдниковъ трансмитента можетъ принять наслѣдство, открывшееся трансмитенту, или отречься отъ него въ той долѣ которая ему приходится и соотвѣтствуетъ долѣ его участія въ наслѣдованіи самому трансмитенту. Въ нижеслѣдующемъ примѣрѣ:



A и B признаны наслѣдовать въ капиталахъ своему отцу X; A умеръ, не успѣвъ принять наслѣдства въ приходящейся ему долѣ. Право принять эту долю или отречься нея переходитъ къ его сыновьямъ C, D. и дочери E, наслѣдующимъ ему по закону и, слѣдовательно, получающимъ изъ отцовскаго наслѣдства, сыновья по $^7/_{16}$, а дочь $^1/_8$. Тѣми же долями опредѣлится ихъ участіе въ наслѣдованіи дѣду въ той части, которая приходилась ихъ отцу, если они всѣ согласятся наслѣдовать дѣду; C и D получатъ по $^7/_{16}$, а E $^1/_8$ изъ половины наслѣдства; другую половину получаетъ B. При наслѣдованіи трансмитенту на основаніи завѣщанія всѣ наслѣдники трансмитента будутъ трансмиссарами въ доляхъ, соотвѣтствующихъ долямъ, полученнымъ по завѣщанію. Если

бы трансмиссія не допускалась нашимъ правомъ, то въ вышеприведенномъ примѣрѣ все наслѣдство досталось бы другому сыну, именно В [10].

При наслѣдованіи въ родовомъ имуществѣ можетъ быть, какъ извѣстно, рѣчь лишь о наслѣдникахъ по закону, такъ какъ родовыя имѣнія не подлежатъ завѣщанію. Поэтому могутъ быть трансмиссарами въ этомъ случаѣ только тѣ наслѣдники трансмитента, которые наслѣдуютъ ему по закону или наслѣдовали бы ему по закону, если бы не было завѣщанія, и притомъ состоятъ въ томъ родѣ, которому принадлежитъ имѣніе. Такъ, въ прилагаемомъ второмъ примѣрѣ:

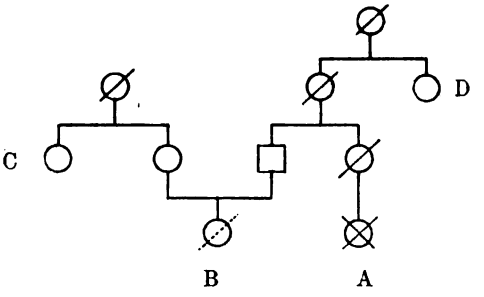


А и В призываются къ наслѣдованію въ родовомъ имѣніи послѣ ихъ отца С. В принялъ наслѣдство, А умеръ, не успѣвши его принять. Послѣ него оказалось завѣщаніе, въ которомъ онъ, имѣя лишь благопріобрѣтенныя имѣнія, завѣщалъ ихъ пополамъ женѣ своей Е и сыну D. Изъ его наслѣдниковъ трансмиссаромъ будетъ только его сынъ: только ему предстоитъ принять наслѣдованіе въ родовыхъ имѣніяхъ послѣ С или отказаться отъ этого наслѣдованія. Если онъ откажется, то доля, которая должна была достаться А, перейдетъ къ В [11].

[10] Дѣти отрекшагося не получатъ наслѣдства ни по праву представленія, такъ какъ они въ моментъ смерти наслѣдодателя исключались своимъ живымъ отцомъ, который призывался (см. выше, примѣч. 27 на стр. 20), ни въ силу повторнаго призванія (successive Berufung), такъ какъ послѣднее не можетъ быть, пока въ той линіи, въ которой дѣти отрекшагося находятся, существуютъ лица, находящіяся въ болѣе близкой, чѣмъ они, степени родства къ наслѣдодателю. Ст. 1122, т. X, ч. 1.

[11] При этомъ не слѣдуетъ упускать изъ вида, что во второмъ примѣрѣ, если Д получаетъ родовое имѣніе С въ той долѣ, которая

Въ третьемъ примѣрѣ наслѣдованія въ родовомъ имуществѣ:



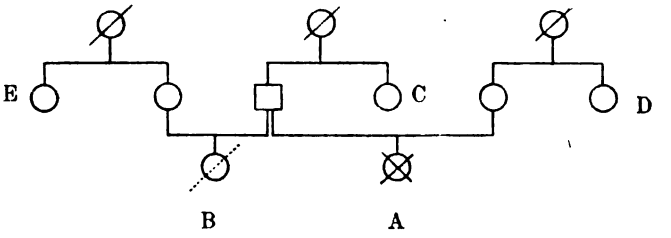
А наслѣдодатель. Его ближайшій наслѣдникъ—В, сынъ его сестры. В умеръ, не успѣвши принять наслѣдства послѣ А. У В ближайшій наслѣдникъ—дядя его по отцу С. Послѣдній получитъ наслѣдство послѣ В, но не будетъ трансмиссаромъ, такъ какъ наслѣдство послѣ А, состоящее изъ родового имущества, пойдетъ въ родъ А, и, такъ какъ В не успѣлъ принять наслѣдство, наслѣдникомъ у А будетъ D, который не состоитъ наслѣдникомъ послѣ В. Такимъ образомъ въ данномъ примѣрѣ трансмиссія не имѣетъ мѣста: право В принять наслѣдство послѣ А не переходитъ по наслѣдству. Впрочемъ, данный примѣръ не представляетъ никакого основанія къ утвержденію, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ право принять наслѣдство или отречься отъ него ненаслѣдственно; если въ указанномъ примѣрѣ трансмиссіи не можетъ быть, то, во всякомъ случаѣ, не по причинѣ, коренящейся въ характерѣ трансмитируемаго права, а вслѣдствіе отсутствія лица, способнаго быть трансмиссаромъ: С, не состоя въ родѣ, коему принадлежитъ имущество, оставшееся послѣ А, никоимъ образомъ не можетъ его получить по наслѣдству отъ В.

Нѣсколько болѣе сложнымъ можетъ явиться случай трансмиссіи права наслѣдованія въ благопріобрѣтенномъ иму-

---

должна была бы достаться отцу его, то только благодаря трансмиссіи, такъ какъ, не будь трансмиссіи въ нашемъ правѣ, В получилъ бы все наслѣдство послѣ С. Ср. предыдущее замѣчаніе.

ществѣ, способномъ обратиться въ родовое. Такъ, въ предлагаемомъ здѣсь примѣрѣ:



А, наслѣдодатель, оставилъ лишь благопріобрѣтенное имѣніе. За отсутствіемъ у него нисходящихъ, а равно братьевъ и сестеръ, ближайшимъ его наслѣдникомъ является его единоутробный братъ В. Но послѣдній умеръ, не успѣвъ принять наслѣдства послѣ А. Спрашивается, къ кому наслѣдство А должно перейти: къ D, дядѣ наслѣдодателя А, или къ Е, дядѣ призваннаго В со стороны отца, или наконецъ къ С, дядѣ В со стороны его матери?

Если бы вообще въ русскомъ правѣ не допускалась трансмиссія, то очевидно, что наслѣдство послѣ А перешло бы къ дядѣ наслѣдодателя, D, какъ къ его ближайшему родственнику съ отцовской стороны. Но при существованіи въ русскомъ правѣ трансмиссіи, право принять наслѣдство послѣ А должно перейти къ наслѣдникамъ В: лицамъ, получающимъ наслѣдство послѣ В, предоставляется принять наслѣдство послѣ А или отъ него отказаться. Наслѣдниками же В, за отсутствіемъ у него нисходящихъ, братьевъ и сестеръ, какъ полнородныхъ, такъ и неполнородныхъ, будутъ на основаніи ст. 1138 его ближайшіе родственники съ отцовской стороны. Если бы и таковыхъ не оказалось, то наслѣдство послѣ А сдѣлалось бы выморочнымъ. Но ближайшимъ родственникомъ съ отцовской стороны въ нашемъ примѣрѣ является Е, братъ его отца. Итакъ Е, какъ наслѣднику послѣ В, предстоитъ рѣшить вопросъ, наслѣдовать ли

ему въ благопріобрѣтенномъ недвижимомъ имуществѣ оставшемся послѣ А, иными словами, Е будетъ трансмиссаромъ.

Въ моментъ, когда Е принимаетъ наслѣдство послѣ А, недвижимое имѣніе, составлявшее наслѣдство, становится родовымъ, такъ что самъ Е не можетъ уже его завѣщать. Напротивъ, если бъ Е былъ для В постороннимъ лицомъ, а не дядей съ отцовской стороны, и, слѣдовательно, если бъ наслѣдовалъ ему лишь по завѣщанію, то онъ въ силу трансмиссіи равно получилъ бы право принять наслѣдство послѣ А или отречься отъ него, но, разумѣется, съ принятіемъ имъ, какъ наслѣдникомъ лишь по завѣщанію, этого наслѣдства, недвижимое имущество, полученное отъ А, продолжало бы быть благопріобрѣтенымъ.

Опредѣляя, кто въ данномъ примѣрѣ долженъ быть трансмиссаромъ, мы, конечно, исходимъ изъ того положенія, что пріобрѣтеніе наслѣдства совершается по нашему праву непремѣнно путемъ его принятія призваннымъ; но очевидно, что пришлось бы признать трансмиссаромъ другое лицо, если исходить изъ предположенія, что у насъ пріобрѣтеніе наслѣдства происходитъ ipso jure. Въ самомъ дѣлѣ, при этомъ предположеніи, въ моментъ смерти А его единоутробный братъ В уже пріобрѣлъ наслѣдство послѣ него, и тѣмъ самымъ благопріобрѣтенное имѣніе, которое В унаслѣдовалъ отъ А, стало родовымъ, хотя В умеръ прежде чѣмъ успѣлъ выразить свою волю о томъ, чтобы остаться наслѣдникомъ, т.-е. прежде чѣмъ принялъ наслѣдство. Со смертью В это имѣніе, ставшее родовымъ и притомъ съ материнской стороны, должно перейти не къ Е, а въ родъ матери, именно къ С. Наслѣдованіе послѣ В представится, такимъ образомъ, въ слѣдующемъ видѣ: въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ В наслѣдникомъ будетъ Е, въ родовомъ же, которое перешло къ В отъ А съ правомъ отречься отъ него, наслѣдникомъ будетъ С.

Изъ всего сказаннаго по вопросу, кого считать въ четвертомъ примѣрѣ трансмиссаромъ, вытекаетъ, что для признанія С наслѣдникомъ въ имуществѣ, оставшемся послѣ А, необходимо допустить, что въ русскомъ правѣ дѣйствуетъ принципъ пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure, въ силу каковаго принципа В до принятія наслѣдства уже наслѣдникъ послѣ А.

Поэтому неожиданнымъ явилось бы со стороны тѣхъ, кто признаетъ дѣйствіе въ русскомъ правѣ принципа пріобрѣтенія наслѣдства лишь чрезъ его принятіе, такое утвержденіе, по которому нѣтъ необходимости исходить изъ невѣрнаго предположенія о существованіи у насъ принципа пріобрѣтенія наслѣдства ipso jure, чтобы придти къ заключенію, что имущество послѣ А обратится къ С, такъ какъ это заключеніе легко вывести изъ слѣдующаго соображенія: если бы Е наслѣдовалъ въ имуществѣ, оставшемся послѣ А, то наслѣдовалъ бы черезъ В, т.-е. именно потому, что В призывался къ наслѣдованію; такимъ образомъ, если наслѣдство А попадаетъ кому-либо помимо D, то непремѣнно черезъ В, а въ такомъ случаѣ, проходя черезъ В, оно дѣлается родовымъ и, какъ таковое, должно перейти къ С. Не трудно, однако, замѣтить, что означенное утвержденіе можетъ возникнуть лишь при отсутствіи яснаго представленія о сущности трансмиссіи, какъ преемства въ правѣ изъ призванія. И дѣйствительно, со смертью своей трансмитентъ уже не занимаетъ своего мѣста призваннаго, что даетъ возможность наслѣдникамъ его занять это мѣсто, и замѣняя трансмитента стать непосредственно наслѣдниками наслѣдодателя. Трансмиссаръ (въ смыслѣ преемника въ правѣ принять наслѣдство) не пріобрѣтаетъ наслѣдства, оставленнаго первымъ наслѣдодателемъ, отъ трансмитента, но, повторяемъ мы, онъ, осуществляя въ качествѣ наслѣдника трансмитента, право принятія наслѣдства, пріобрѣтаетъ таковое отъ перваго наслѣдодателя. Съ дру-

гой стороны, благопріобрѣтенное имущество дѣлается родовымъ лишь тогда, когда оно дошло по праву законнаго наслѣдованія, т.-е. когда оно было пріобрѣтено призваннымъ, при чемъ, конечно, предполагается, что пріобрѣтено само имущество, а не одно право наслѣдованія въ немъ: о томъ, чтобы благопріобрѣтенное имущество сдѣлалось родовымъ путемъ лишь пріобрѣтенія права наслѣдованія въ немъ, не упоминается у насъ нигдѣ въ законѣ.

Въ заключеніе нашего краткаго очерка трансмиссіи въ русскомъ правѣ мы коснемся въ нѣсколькихъ словахъ отношенія субституціи къ трансмиссіи. О простой субституціи (substitutio vulgaris) нашъ законъ ничего не говоритъ, но всѣми признано, что таковая, какъ распоряженіе, не противное законамъ, допускается нашимъ правомъ. Изъ сказаннаго выше (стр. 14) относительно преимущества трансмиссіи надъ субституціей,—преимущества, основывающагося на томъ, что трансмиссія есть не что иное, какъ продолжающееся призваніе, очевидно, нѣтъ никакой причины измѣнить взглядъ на соотношеніе этихъ обоихъ институтовъ и въ русскомъ правѣ.